

Das Erklärungsbewußtsein im Tatbestand der Willenserklärung

DISSERTATION

vorgelegt der
Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von
Werner Traub

1971



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554425_0102

Das Erklärungsbewußtsein im Tatbestand der Willenserklärung

DISSERTATION

vorgelegt der
Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)
von
Werner Traub

Mainz 1971



Berichterstatter: Prof. Dr. Klaus Müller

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Johannes Bärman

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Dezember 1971

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
<u>EINLEITUNG</u>	2
<u>ERSTER TEIL</u>	
<u>Die Willenserklärung des bürgerlichen Rechts. Ihre Struktur.</u>	
<u>Allgemeines.</u>	8
I. Ausgangspunkte. Begriffsübernahme durch das BGB. Abgrenzung des Arbeitsfeldes.	8
II. Wille und Erklärung. Zur Zulässigkeit einer Trennung.	11
<u>ZWEITER TEIL</u>	
<u>Die Erklärungsseite</u>	14
I. Zur Bedeutung der Erklärung. Allgemeines.	14

	<u>Seite</u>
1. Abhängigkeit vom Zweck. Geringe Beachtung.	14
2. Ältere Vertreter der Willens- theorie, der Erklärungstheorie.	15
II. Versuche, die Funktion der Er- klärung zu deuten.	17
1. Erklärung als Klarmachen des Willens, als Erkennungs- und Beweismittel.	17
2. Erklärung zur Vermittlung der Kenntnis eines Willens, welches sie ausdrückt. Sogen. Kund- machungszweck.	18
3. Zum Eigenwert der Erklärung. Willensabschluß und Willensvoll- zug.	21
III. Folgerungen	25

DRITTER TEIL

<u>Die Willensseite.</u>	26
<u>A. Allgemeines.</u>	26
I. Verhältnis von Wille und Erklärung.	26
1. Grundgedanken.	26
2. Aspekte des Willenselements in der Willenserklärung. Differen- zierung nach dem Objekt des Willens.	27
II. Fortsetzung. Abgrenzung der ver- schiedenen Problemkreise. Die ein- zelnen Bezugspunkte.	28

	<u>Seite</u>
1. Richtung des Willens auf rechtliche oder wirtschaftliche Folgen?	29
2. Richtung des Willens auf sämtliche oder nur die wesentlichen Folgen?	30
3. Beziehung des Willens zu den einzelnen Stufen des rechtsgeschäftlichen Handelns.	32
a) Ältere Ansichten. Sogen. Doppelrichtung des Willens. Sogen. Grundwille.	32
b) Neuere Lehren. Sogen. Dreistufigkeit des Willens.	34
c) Die einzelnen Willensstufen. Handlungswille - Erklärungswille - Geschäftswille. Umriss des Meinungsstandes.	35
4. Anordnung der einzelnen Problemfelder.	39
 <u>B. Erklärungsbewußtsein / Erklärungswille in der Willenserklärung nach dem BGB.</u>	 40
I. Lösungsversuche unter allgemeinen dogmatischen Gesichtspunkten. Übersicht.	40
1. a) Die Stellung der Willenstheorie.	41
b) Die Haltung der Erklärungstheorie.	41
c) Unergiebigkeit dieser Lehren.	42
2. Folgerungen aus dem Wesen der Willenserklärung (des Rechtsgeschäfts).	42

	<u>Seite</u>
a) Verständigungszweck.	43
b) Geltungsanordnung.	44
c) Wahlfreiheit.	44
3. Versuche der Lösung anhand der gesetzlichen Vorschriften.	45
4. Bedeutung der Interessenlage.	45
II. Fortsetzung. Lassen sich aus den allgemeinen Grundsätzen Hinweise auf die Erheblichkeit eines Erklärungsbewußtseins gewinnen?	46
1. Willenserklärung und unmittelbare Bewirkung der Rechtsfolge. Der hierauf gerichtete Wille.	46
2. Der Kundgebungs-zweck in der Willenserklärung. Verhältnis zu dem Erklärungsbewußtsein.	47
3. Der Verständigungscharakter des Rechtsgeschäfts.	48
4. Die Willenserklärung als Geltungsanordnung. Der Gedanke der Zurechnung.	51
5. Der Gedanke der Wahlfreiheit.	55
6. Folgerungen. Notwendigkeit der Analyse der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen. Zur Zulässigkeit eines solchen Verfahrens.	57
III. Einzeluntersuchung der einschlägigen Normen des III. Abschnittes.	60
1. § 116 BGB	60
a) Vorbemerkung.	60

	<u>Seite</u>
b) Regelungsgehalt von § 116 S. 1. Vorbehalt und subjektive Einstellung zur Erklärung. Erklärung und Erklärtes.	61
c) Bedeutung des "Erklärten". Vorbehalt und Irrtum. Gegenstand des Vorbehalts.	62
d) Folgerungen.	65
2. § 117 BGB	65
3. § 118 BGB	67
a) Regelungsgegenstand.	67
b) Scherz und Erklärungsbewußtsein.	68
c) Folgerungen.	70
4. § 119 BGB	71
a) Zweck des § 119 Abs. 1.	71
b) Fehlen des Erklärungsbewußtseins als echter Irrtum über den Inhalt der Erklärung?	73
c) Fehlen des Erklärungsbewußtseins als echter Irrtum in der Erklärungshandlung?	77
d) Ist das Fehlen des Erklärungsbewußtseins aus allgemeinen Erwägungen dem Irrtum nach § 119 Abs. 1 gleich zu achten?	81
(1) Rein objektive Beurteilung?	81
(2) Erklärungsbewußtsein und spezifische Rechtsfolgen? Konkreter Erklärungswille? Erklärungsbewußtsein als Rechtsbindungswille?	82

	<u>Seite</u>
e) Folgerungen.	95
5. § 123 BGB. Der Tatbestand der Drohung. Zwang und Erklärungsbewußtsein.	95
6. § 130 BGB	97
a) Allgemeiner Regelungsgehalt.	97
b) Zur Lehre vom Kundgebungs zweck. Deren Bedeutung für das Problem des Erklärungsbewußtseins.	98
7. § 133 BGB	100
a) Mögliche Aussagen des § 133 zur Frage des Erklärungsbewußtseins.	100
b) Gehalt des § 133. Auslegung und Anknüpfung besonderen Kontakts.	102
8. § 139 BGB. Das gänzliche Fehlen eines Geschäftswillens.	104
9. § 151 BGB	106
a) Stille Annahme - Willenserklärung oder nicht?	106
b) Erklärungsbewußtsein bei der stillen Vertragsannahme?	115

VIERTER TEIL

<u>Schluß</u>	116
I. Möglichkeit eines selbständigen Momentes "Erklärungsbewußtsein".	116

	<u>Seite</u>
1. Die Aussage der Rechtsnormen des Allgemeinen Teils.	116
2. Wirkung des Fehlens des Er- klärungsbewußtseins auf die Erklärung. Dessen Feststellung im Streitfalle.	118
II. Folgen des Mangels am Erklä- rungsbewußtsein im Verhältnis zu Dritten. Schutz der Belange des Dritten.	120

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv des Bürgerlichen Rechts
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
ders.	derselbe
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GruchotsBeitr	Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
HdWBdR	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
ibid.	ibidem
Iher Jahrb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des (römischen und) bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KritVJSchr	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

leg. cit., l. c.	legis citatae, lege citata, loco citato
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandes- gerichte in Zivilsachen
pass.	passim
Prot.	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB
Rdn.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsge- richts in Zivilsachen, Amt- liche Sammlung
SächsArch	Sächsisches Archiv für Bürger- liches Recht und Prozeß
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsan- wendung
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBernJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

- Affolter Zur Lehre vom Verträge
in: ArchBürgR 8 (1894), 1
- Bähr Über Irrungen im Kontrahieren
in: Iher Jahrb. 14 (1875), 39
- Bailas Das Problem der Vertragsschließung und der vertragsbegründende Akt
Göttinger rechtswissenschaftl. Diss., 1960 (Göttingen, 1962)
- Bartholomeyczik Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung
in: Festschrift für Hans G. Ficker, S. 51
Frankfurt a. M., 1967
- Berg Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11. 7. 1968, II ZR 157/67 (NJW 1968, 2102)
in: NJW 1969, 604
- Binder Wille und Willenserklärung (Sonderabdruck aus Band 5 und des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie)
Berlin und Leipzig, o. J.
- Botz Über das Wirksamwerden von Willenserklärungen unter Abwesenheit. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung, insbesondere der letzten drei Jahrhunderte
Heidelberger rechtswissenschaftl. Diss., 1957
- Breit, J. Zur Lehre vom Rechtsgeschäft
in: SächsArch 13 (1903), 283, 15 (1905), 165, 637
- Breit, M. Die Willenserklärung als Äußerungs- und Leistungsgegenstand nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch
in: GruchotsBeitr 55 (1911),

- Brose Grundsätzliches zur Willenserklärung
in: AcP 130 (1929), 188
- Brox Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung
Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und deren Auslegung
Karlsruhe, 1960
- Bülow Das Geständnisrecht
Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen
Freiburg i.Br., Leipzig u. Tübingen, 1899
- Burgsmüller Die Bedeutung des § 151 BGB
Kölner rechtswissenschaftl. Diss., 1934
- Bydlinski Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts
Wien, New York, 1967
- Danz Laienverstand und Rechtsprechung (§§ 157, 242 BGB)
in: Iher Jahrb. 38 (1898), 373
- ders. Rezension von: Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts
in: KritVJSchr 42 (1900), 25
- ders. Zur Willens- und Erklärungstheorie des Bürgerlichen Gesetzbuchs
in: DJZ 1906, 1277
- ders. Die Willenserklärung des BGB, ihre Auffindung und Auslegung
in: SeuffBl 72 (1907), 317
- ders. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage.
3. Aufl., Jena, 1911

- Danz Die neue realistische Auslegung
der Rechtsgeschäfte
in: JW 1912, 2
- Dernburg Pandekten
I. Band, Allgemeiner Teil und
Sachenrecht
7. Aufl. (unter Mitwirkung von
Johannes Biermann), Berlin, 1902
- Drexelius Irrtum und Risiko
Rechtsvergleichende Untersuchungen
und Reformvorschläge zum Recht
der Irrtumsanfechtung
Frankfurt u. Berlin, 1964
- Dulckeit Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im
klassischen römischen Recht
in: Festschrift für Fritz Schulz,
Band I, 148
Weimar 1951
- Ehrlich Die stillschweigende Willenser-
klärung
Berlin 1893
- Eisele Über Nichtigkeit obligatorischer
Verträge wegen Mangels an Willens-
übereinstimmung der Kontrahenten
in: Iher Jahrb. 25 (1886), 414
- Ellinghaus Die Willenstheorie im Bereich der
modernen massenförmigen Rechts-
geschäfte
Kölner rechtswissenschaftl. Diss.,
1966
- Eltzbacher Die Handlungsfähigkeit nach deut-
schem Bürgerlichem Recht
I. Band: Das rechtswirksame Ver-
halten
Berlin, 1903
- Enneccerus Rechtsgeschäft, Bedingung und
Anfangstermin
Marburg, 1889

- Enneccerus-
Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts
Erster Band, 2. Halbband
15. Bearbeitung, Tübingen, 1960
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch in zwei Bänden
4. Auflage, Münster, 1967
- Esser Gedanken zur Dogmatik der "fak-
tischen Schuldverhältnisse"
in: AcP 157 (1958/59), 86
- Fabrizius Stillschweigen als Willenserklä-
rung
in: JuS 1966, 1, 10
- Flume Rechtsgeschäft und Privatautonomie
in: Hundert Jahre deutsches Rechts-
leben. Festschrift zum Hundertjäh-
rigen Bestehen des Deutschen Juri-
stentages (1860 - 1960)
Band I, 135
Karlsruhe, 1960
- ders. Das Rechtsgeschäft und das recht-
lich relevante Verhalten
in: AcP 161 (1962), 52
- ders. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts
II. Band: Das Rechtsgeschäft
Berlin, Heidelberg, New York, 1965
- Friedrichs Der allgemeine Teil des Rechts.
Eine Darstellung der gemeinsamen
Lehren des öffentlichen und priva-
ten Rechts
Berlin und Leipzig, 1927
- Friesecke Anmerkung zum Urteil des RG vom
24. 11. 1941, II 97/41 (RGZ 168,
204)
in: ZAkDR 1942, 140

- Fritze Die stillschweigende Willenserklärung im Bürgerlichen Gesetzbuch
in: ArchBürgR 14 (1898), 181
- Götz Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr
Ein Beitrag zur Problematik von Verkehrsstörungen durch Untätigkeit, dargestellt insbesondere am Beispiel des Schweigens auf Formularbedingungen und Bestätigungsschreiben
Bad Homburg v.d.H. und Zürich, 1968
- Gruenbaum Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft
in: GruchotsBeitr 73(1933), 197
- Grünwald Der versteckte Dissens
Kölner rechtswissenschaftl. Diss. 1939
- Gudian Inanspruchnahme tarifmäßig zu vergütender Leistungen - echter Vertrag oder nicht?
in: JZ 1967, 303
- ders. Fehlen des Erklärungsbewußtseins
in: AcP 169 (1969), 232
- Gysin Zur Theorie des Rechtsgeschäfts
in: ZBernJV 65 (1929), 97
- Hanau Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung
Ein Beitrag zur Kritik der "stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen"
in: AcP 165 (1965), 220
- Hartmann Werk und Wille bei dem stillschweigenden Konsens
in: AcP 72 (1888), 161

- Haupt Über faktische Vertragsverhältnisse
in: Festschrift der Leipziger
Juristenfakultät für Dr. Heinrich
Siber zum 10. April 1940
Band II, 1
Leipzig, 1943
- Hellmann Zur Lehre von der Willenserklärung
nach bürgerlichen Rechte
in: Iher Jahrb. 42 (1901), 413
- ders. Rezension von: Manigk, Willenserklärung
und Willensgeschäft
in: KritVJSchr 48 (1909), 217
- Henle Vorstellungs- und Willenstheorie
in der Lehre von der juristischen
Willenserklärung
Leipzig, 1910
- ders. Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit
wegen Drohung
in: Festschrift für Ernst Zitelmann
München und Leipzig, 1913
- Hildebrandt Erklärungshaftung, ein Beitrag
zum System des bürgerlichen
Rechts
Berlin und Leipzig, 1931
- Himmelschein Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft
Mannheim, Berlin, Leipzig, 1930
- von Hippel Das Problem der rechtsgeschäftlichen
Privatautonomie. Beiträge
zu einem natürlichen System des
privaten Verkehrsrechts und zur
Erforschung der Rechtstheorie des
19. Jahrhunderts
Tübingen, 1936
- Hölder Rezension von: Schulin, Über Resolutivbedingungen und Endtermine
in: KritVJSchr 18 (1876), 175

- Willens- Das Wesen der rechtswirksamen
Willenserklärung
in: Iher Jahrb. 55 (1909), 413
- ders. Willenstheorie und Erklärungs-
theorie. Ein Beitrag zur Lehre
vom Rechtsgeschäft
in: Iher Jahrb. 58 (1911), 101
- von Holleuffer Der Irrtum über Rechtsfolgen
Breslauer rechtswissenschaftl.
Diss., 1914
- ten Hompel Der Verständigungszweck im Recht.
Ein Versuch zur Aufdeckung rechts-
psychologischer Grundlinien unter
besonderer Berücksichtigung der
freien Willensbedingung und ihrer
gesetzlichen Hauptfälle im Kauf
auf Probe, im Vorkaufs-, Rückkaufs-,
Reu-, Rücktritts-, Wahlschuld-,
Wandlungs-, Einigungs- und Ein-
tragungsrecht
Berlin, 1908
- Hübner Zurechnung statt Fiktion einer
Willenserklärung
in: Festschrift für H. C. Nipper-
dey,
Band I, 373
München und Berlin, 1965
- Husserl Rechtskraft und Rechtsgeltung
Eine rechtsdogmatische Untersu-
chung
Band I: Genesis und Grenzen der
Rechtsgeltung
Berlin, 1925
- Isay Die Willenserklärung im Tatbe-
stande des Rechtsgeschäfts nach
dem Bürgerlichen Gesetzbuch für
das Deutsche Reich
Jena, 1899
(Fischers Abhandlungen zum Pri-
vatrecht und Civilprozeß des
Deutschen Reiches, Band 2, 203 ff)

- Isay Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB
in: Iher Jahrb. 44 (1902), 43
- Jacobi Die Theorie der Willenserklärungen
München, 1910
(Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, Band 20)
- Jacobsohn Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums
in: Iher Jahrb. 56 (1910), 329
- Junge Die Erklärungshaftung
Kölner rechtswissenschaftl. Diss., 1936
- Karlowa Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung
Berlin, 1877
- Klug Juristische Logik
3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 1966
- Koeppen Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden
in: Iher Jahrb. 11 (1871), 139
- Kohler Studien über Mentalreservation und Simulation
in: Iher. Jahrb. 16 (1878), 325
- ders. Über den Willen im Privatrecht
in: Iher Jahrb. 28 (1889), 166
- Krause · Schweigen im Rechtsverkehr.
Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung
Marburg, 1933
- Küchenhoff Nicht-Willenserklärung und anfechtbare Willenserklärung
in: LZ 1931, 303

- Lange Die Neugestaltung der Anfechtung
und das Vertragsverhältnis
in: Iher Jahrb. 89 (1941), 277
- Larenz Die Methode der Auslegung des
Rechtsgeschäfts
(Unveränderter Nachdruck der
1. Aufl., Leipzig, 1930)
Berlin und Frankfurt, 1966
- ders. Vertrag und Unrecht
1. Teil: Vertrag und Vertragsbruch
2. Teil: Die Haftung für Schaden
und Bereicherung
Hamburg 1937
- ders. Allgemeiner Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts
München, 1967
- Lehmann-
Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches
16. Auflage, Berlin, 1966
- Lenel Parteiabsicht und Rechtserfolg
in: Iher Jahrb. 19 (1881), 154
- Leonhard, F. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte
in: AcP 120 (1922), 14
- Leonhard, R. Der Irrtum als Ursache nichti-
ger Verträge
1. Teil: Vertragsbestandteile und
Irrtum
2. Auflage, Breslau, 1907
- Lonsky Die Abgabe von empfangsbedürftigen
Willenserklärungen in Testamenten
Kölner rechtswissenschaftl. Diss.
1955
- Lüderitz Auslegung von Rechtsgeschäften
Vergleichende Untersuchung des
anglo-amerikanischen und deutschen
Rechts
Karlsruhe, 1966

- Manigk Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte.
Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft
Breslau, 1901
- ders. Willenserklärung und Willensgeschäft.
Ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen
Berlin, 1907
- ders. Irrtum und Auslegung.
Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung
Berlin, 1918
- ders. Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung.
Beiträge zu einer Lehre von Konsens und Dissens
in: Iher Jahrb. 75 (1925), 127
- ders. Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum
in: Iher Jahrb. 83 (1933), 1
- ders. Neubau des Privatrechts.
Grundlagen und Bausteine
Leipzig, 1938
- ders. Das rechtswirksame Verhalten.
Systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts
Berlin, 1939
- Mayer-Maly Vertrag und Einigung
(Teil I der "Studien zum Vertrag")
in: Festschrift für H. C. Nipperdey
Band I, 509
München und Berlin, 1965

- Medicus Anmerkung zum Urteil des LG
Bremen v. 17. 8. 1966
(NJW 1966, 2360)
in: NJW 1967, 354
- Merkel Die faktischen Vertragsverhältnisse
und das Problem der Geschäftsfähigkeit
Erlanger rechtswissenschaftl. Diss.,
1962
- Mertens Der Begriff des Vermögensschadens
im Bürgerlichen Recht
Stuttgart, Berlin, 1967
- Merz Fingierte Willenserklärungen
Kölner rechtswissenschaftl. Diss.,
1948
- Monich Willenserklärung und Rechtsgeschäft
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch
Berlin, 1900
- Motive Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen
Gesetzbuches für das Deutsche Reich
Band I, Allgemeiner Teil
2. Auflage, Berlin, 1896
- Mugdan (Hsg.) Die gesamten Materialien zum
Bürgerlichen Gesetzbuch für das
Deutsche Reich
Berlin, 1899
- Neubecker Haftung für Wort und Werk
Eine rechtsvergleichende Skizze
in: Festgabe der Berliner juristischen
Fakultät für Otto Gierke zum
Doktorjubiläum
Band 3, 177
Breslau, 1910
- Neußbaum Theoreme und Wirklichkeit in den
Allgemeinen Lehren des Bürgerlichen
Rechts
in: ArchBürgR 42 (1916), 136

- Oertmann Rechtsordnung und Verkehrssitte
 insbesondere nach Bürgerlichem
 Recht. Zugleich ein Beitrag zu
 den Lehren von der Auslegung der
 Rechtsgeschäfte und von der Re-
 vision
 Leipzig, 1914
- ders. Bürgerliches Gesetzbuch - Allge-
 meiner Teil
 3. Auflage, Berlin, 1927
- Pörn Vertragswirkungen ohne Vertrags-
 schluß.
 Eine Studie zu § 151 BGB
 Kieler rechtswissenschaftl. Diss.,
 1956
- Palandt Das Bürgerliche Gesetzbuch
 Kurzkommentar
 29. Auflage, München und Berlin,
 1970
- Pawlowski Rechtsgeschäftliche Folgen nichti-
 ger Willenserklärungen
 Amts- und Parteiniichtigkeit von
 Rechtsgeschäften. Zum Verhältnis
 von Privatautonomie und objektivem
 Recht
 Göttingen, 1966
- Pernice Kritische Beiträge zur Lehre von
 den Rechtsgeschäften
 in: ZHR 25 (1880), 77
- Pischgode Die Bedeutung des Schweigens auf
 Vertragsanträge im Handelsverkehr
 Kölner rechtswissenschaftl. Diss.,
 1957
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
 buch nebst Einführungsgesetz,
 hsg. von Strohal
 I. Band, Allgemeiner Teil
 4. Auflage, Berlin, 1913

- Reichsgerichts-
räte Das Bürgerliche Gesetzbuch
mit besonderer Berücksichtigung
der Rechtsprechung des Reichsge-
richts und des Bundesgerichts-
hofs
Kommentar, herausgegeben von
Reichsgerichtsräten und Bundes-
richtern
I. Band, 1. Teil: Allgemeiner Teil
§§ 1 - 240
11. Auflage, Berlin, 1959
- Reuß Die Intensitätsstufen der Abrede
und die Gentlemen-Agreements
in: AcP 154 (1955), 485
- Rhode Die Willenserklärung und der
Pflichtgedanke im Rechtsverkehr
Berlin, 1938
- Riezler Die Blankettunterschrift
in: AcP 95 (1904), 357
- Rödding Das Nutzungsentgelt - eine Er-
widerung
in: NJW 1968, 1414
- Rollin Irrtum und Reurecht
Rechtsvergleichende Untersuchun-
gen über die Mißbrauchsverhütung
bei der Irrtumsanfechtung
Hamburger rechtswissenschaftl.
Diss., 1966
- Rothoeft System der Irrtumslehre als
Methodenfrage der Rechtsverglei-
chung
dargestellt am deutschen und eng-
lischen Vertragsrecht
Tübingen, 1968
- Rümelin Das Handeln im fremden Namen im
bürgerlichen Gesetzbuch
in: AcP 93 (1902), 131
- von Savigny System des heutigen römischen
Rechts, Band III
Berlin, 1840

- Scheuerle Das Wesen des Wesens
in: AcP 163 (1964), 429
- Schlegelberger-
Vogels Erläuterungswerk zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Band I, Allgemeiner Teil (§§ 1 -
240) und Verschollenheitsgesetz
(in Teillieferungen)
Berlin, 1939
- Schloßmann Der Vertrag
Leipzig, 1876
- ders. Rezension von: Zitelmann, Irrtum
und Rechtsgeschäft
in: GrünhutsZ 7 (1880), 543
- ders. Willenserklärung und Rechtsge-
schäft
Kritisches und Dogmengeschicht-
liches
in: Festgabe der Kieler Juristen-
fakultät für Albert Hänel zum 50-
jährigen Doktorjubiläum, S. 1
Kiel und Leipzig, 1907
- Schmidt-
Rimpler Grundfragen einer Erneuerung des
Privatrechts
in: AcP 147 (1941), 130
- Schmidt-
Salzer Die sogenannte Unterwerfung unter
Allgemeine Geschäftsbedingungen
in: BB 1967, 129
- Schneider Die Bedeutung der ausdrücklichen
Willenserklärung und ihr Gegen-
satz zur Willensbetätigung
in: ArchBürgR 42 (1916), 273
- Schreiber Das Nutzungsentgelt
in: NJW 1968, 623

- Schuster Das Erklärungsbewußtsein im Tatbestand der Willenserklärung
Kölner rechtswissenschaftl. Diss.,
1939
- Schwind Der Irrtum im Verkehrsrecht des ABGB und des BGB, eine rechtsvergleichende - rechtspolitische Betrachtung
in: Iher Jahrb. 89 (1941), 119
- Siegel Die privatrechtliche Funktion der Urkunde. Eine Studie zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der Zivilprozeßordnung
in: AcP 111 (1914), 1
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band 1: Einleitung, Allgemeiner Teil
Band 2: Schuldrecht 1, §§ 241 - 610
10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967
- Sohm Über Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer incerta persona
in: ZHR 17 (1872), 16
- Spiess "Faktische Verträge" oder öffentliches Recht - oder Tarif?
in: ZAkDR 1942, 340
- von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
I. Band, Allgemeiner Teil
11. Auflage, Berlin, 1957
- Stöver Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Rechtsgeschäft?
in: ArchBürgR 26 (1905), 149
(zugleich Erlanger rechtswissenschaftl. Diss., 1903)

- Stoll Vertrag und Unrecht
1. Halbband
4. Auflage, besorgt von W.
Felgentraeger, Tübingen, 1944
- Titze Die Lehre vom Mißverständnis
Eine zivilrechtliche Untersu-
chung
Berlin, 1910
- ders. Artikel "Rechtsgeschäft"
in: HdWBdR Bd. IV, 654
(hsg. v. Stier-Somlo und Elster)
Berlin und Leipzig, 1927
- ders. Vom sogenannten Motivirrtum
in: Festschrift für Ernst Heymann,
Band II, 72
Weimar, 1940
- von Tuhr Der allgemeine Teil des deutschen
Bürgerlichen Rechts
II. Band, 1. Hälfte
München und Leipzig, 1914
- ders. Die Bedeutung des Willens im
Zivilrecht
(Antrittrede in Zürich v. 19.2.1921)
in: ZSchwR 63 (1922), 259
- Unger Culpa in contrahendo und faktisches
Vertragsverhältnis
Kölner rechtswissenschaftl. Diss.,
1949
- Voß Die Anfechtbarkeit von Blankett-
unterschriften wegen mißbräuch-
licher Ausfüllung nach dem Rechte
des Bürgerlichen Gesetzbuches
in: Iher Jahrb. 56 (1910), 412
- Wagner Inwieweit führt beim Kontrahie-
rungszwang Schweigen zum Abschluß
des Vertrages?
Kölner rechtswissenschaftl. Diss.,
1953

- Wedemeyer Der Abschluß des obligatorischen
Vertrages durch Erfüllungs- und
Aneignungshandlungen
Göttingen, 1904
- Westermann Die Anpassung der Auslegungs-
methode an die Eigenart des
auszulegenden Willensaktes
in: Festschrift der Arbeitsgemein-
schaft für Forschung des Landes
Nordrhein-Westfalen für Karl
Arnold, S. 289
Köln und Opladen, 1955
- Wieacker Leistungsbeziehungen ohne Verein-
barung
in: ZAkDR 1943, 33
- ders. Willenserklärung und sozialtypi-
sches Verhalten
in: Göttinger Festschrift für
das OLG Celle, S. 263
Göttingen, 1961
- ders. Die Methode der Auslegung des
Rechtsgeschäfts
in: JZ 1967, 383
- Windscheid Wille und Willenserklärung.
Eine Studie
in: AcP 63 (1880), 72
- ders. Lehrbuch des Pandektenrechts
I. u. II. Band
9. Auflage, bearbeitet von
Th. Kipp, Frankfurt a.M., 1906
- Wolff Mentalreservation
in: Iher Jahrb. 81 (1931), 53
- Zitelmann Die juristische Willenserklärung
in: Iher Jahrb. 16 (1878), 357
- ders. Irrtum und Rechtsgeschäft.
Eine psychologisch-juristische
Untersuchung
Leipzig, 1879

- Zitelmann Die Rechtsgeschäfte im Entwurf
eines Bürgerlichen Gesetzbuchs
Studien, Kritiken, Vorschläge
1. Teil, Berlin, 1889
2. Teil, Berlin, 1890
- ders. Der Wert eines "allgemeinen
Teils" des bürgerlichen Rechts
in: GrünhutsZ 33 (1906), 1
- Elotnitski Das Schweigen auf Bestätigungs-
schreiben
Freiburger rechtswissenschaftl.
Diss., 1935
- Zunft Anfechtbarkeit des Schweigens
auf kaufmännische Bestätigungs-
schreiben
in: NJW 1956, 276
- Zweigert Seriositätsindizien
Rechtsvergleichende Bemerkungen
zur Scheidung verbindlicher Ge-
schäfte von unverbindlichen
in: JZ 1964, 349
- ders. Irrtümer über den Irrtum
in: ZRV 1966, 12



DAS ERKLÄRUNGSBEWUSSTSEIN
im Tatbestand der Willenserklärung

EINLEITUNG

I.

In den allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts finden sich wenige Erscheinungen, welche in gleichem Maße die Auseinandersetzungen um die unterschiedlichsten Streitfragen des Privatrechts beeinflussen oder aber von diesen berührt werden wie der im eingebürgerten Sprachgebrauch "Erklärungsbewußtsein" genannte Komplex. Nicht allein die Diskussion um Begriff und "Wesen" der juristischen Willenserklärung nimmt hier ihre entscheidende Wendung - entweder in Richtung auf eine mehr dem Urheber oder aber eine mehr dem möglichen Gegner zum Vorteil gereichende Betrachtungsweise. Vielmehr lassen sich Verbindungslinien zu anderen zum Teil scheinbar gänzlich ferne liegenden Tatbeständen ziehen, so daß jede Stellungnahme in diesem Punkte notwendig eine - unterschiedlich starke - Gewichtsverlagerung bei den anderen Fragen nach sich zieht.

Dies zeigt sich deutlich, wenn zu entscheiden ist, wann eine Willenserklärung vorliegt, d.h., ob ein bestimmtes Verhalten einer Person in diesem Sinne zu deuten sei: Wie verhält es sich mit rein scherzhaft hingeworfenen Worten?¹⁾ Kann eine durch Betrug veranlaßte und vom Urheber nicht für rechtsgeschäftliche Zwecke gedachte Handlung den Tatbestand einer Willenserklärung begründen?²⁾ Spielt es für das Erklärungsbewußtsein eine Rolle, daß der als gewollt bezeichnete Rechtserfolg - etwa wegen Sittenwidrigkeit - offenbar

1) vgl. etwa RGZ 8, 248 (U. v. 30.12.1882) oder den ähnlich gelagerten Fall OLG Rostock, OLGZ 40, 273

2) vgl. RGZ 14, 22 (U. v. 12.6.1885); aus neuerer Zeit die Strafurteile BGH NJW 1968, 902 (20.2.1968), sowie OLG Saarbrücken NJW 1968, 262

nicht herbeigeführt werden kann?³⁾ Sodann - und logisch den vorigen nachgeordnet - die weiteren Fragen: Kommt es bei einem rein passiven Verhalten einer Person überhaupt auf ein Erklärungsbewußtsein an, wenn ein anderer daraus - berechtigterweise - den Schluß zieht, diese wolle damit einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen kundtun? Oder kann der für notwendig erachtete Schutz des vertrauenden Dritten nur durch Ausbildung und Heranziehung besonderer Rechtsinstitute - als "Vertrauenshaftung", "Haftung für veranlaßten Rechtsschein" - verwirklicht werden? Welche Funktion hat die Frage nach dem Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, wenn der Handelnde durch sein Verhalten eine rechtsgeschäftliche Bindung gerade erkennbar nicht eingehen wollte?

Auf der anderen Seite präjudiziert die Einordnung und Qualifizierung eines Erklärungsbewußtseins den Anwendungsbereich solcher Institute wie Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung, unerlaubte Handlung, culpa in contrahendo.

II.

Seit die Frage in der Wissenschaft erörtert wurde, galt als prinzipiell nur von wenigen bekämpfte herrschende Ansicht, daß der Tatbestand einer Willenserklärung nur dann vorliege, wenn der Handelnde wenigstens das Bewußtsein hatte, daß ein anderer in seinem Verhalten eine Willenserklärung erkennen

3) vgl. RGZ 68, 322 (U. v. 1.5.1908)

könne und dürfe. Fehlte ihm dagegen ein solches Bewußtsein, so sollte nach dieser Lehre eine rechtsgeschäftliche Bindung insoweit nicht eintreten.⁴⁾ Wie dies im einzelnen zu begründen (und zu qualifizieren) sei, ist freilich nie einheitlich beantwortet worden. Neben der - mehr seinsmäßig argumentierenden - herrschenden Ansicht, daß in einem solchen Falle die "Erklärung" ohne weiteres nichtig sei, findet sich noch eine Vielzahl weiterer Meinungen.⁵⁾

Trotz immer wieder unternommenen Angriffen⁶⁾ blieb diese Lehre bis in die letzte Zeit unerschüttert. Erst neuerdings mehrten sich die Gegenstimmen, und der Komplex des Erklärungsbewußtseins ist wieder Gegenstand der Auseinandersetzung geworden. Die Streitpositionen sind ganz unterschiedlich. Sie reichen von einer völligen Verwerfung eines derartigen subjektiven Elements a priori⁷⁾ bis hin zu Ausgangsstellungen, die vom Lager der herrschenden Ansicht nicht mehr allzuweit entfernt sind.⁸⁾ -

4) so ausgeprägt von Heinrich Lehmann, vgl. Lehmann-Hübner, § 24 IV, § 34 III

5) Am ausführlichsten hat sich hiermit Manigk auseinandergesetzt. Er hat in seinen verschiedenen Werken fast alle Varianten der herrschenden Lehre von der Erheblichkeit eines Erklärungsbewußtseins im Tatbestand der Willenserklärung vertreten; vgl. insbesondere: M., Anwendungsgebiet; Willenserklärung und Willensgeschäft; Irrtum und Auslegung; System der juristischen Handlungen, Iher Jahrb. 83, 1; Das rechtswirksame Verhalten.

6) z.B. Binder, Wille und Willenserklärung; Larenz, Methode der Auslegung

7) so etwa Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen; Gudian, Fehlen des Erklärungsbewußtseins, AcP 169, 232

8) vgl. etwa Bartholomeyczik, Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung, Festschrift für Ficker, S. 51. B. gelangt indes zu anderen Ergebnissen als die h. A.

Andererseits hat diese ebenso entschiedene Verteidiger gefunden.⁹⁾

Angesichts der wieder aufgelebten Diskussion und mit Rücksicht auf die schon angesprochene Bedeutung der Frage ist es angebracht, die Argumente erneut zu sichten und gegeneinander abzuwägen. Ziel der vorliegenden Arbeit ist festzustellen, ob die überkommene Lehre von der Erheblichkeit eines Erklärungsbewußtseins aufrechterhalten werden könne. Dabei sind selbstverständlich nicht nur die in jüngster Zeit laut gewordenen Gegenstimmen zu erörtern. Vielmehr erfordert der Gegenstand, daß auf alle wesentlichen Lösungsversuche eingegangen werde.

Der Gang der Untersuchung ist dabei folgender: In einem ersten Teil wird das Feld der Arbeit abgesteckt; sodann ist - zweiter Teil - der Komplex der "Erklärung" im Tatbestand der Willenserklärung ins Auge zu fassen. Im dritten Teil ist anschließend Stellung und Bedeutung eines Erklärungsbewußtseins im Tatbestand der Willenserklärung zu untersuchen. Dies bedingt zunächst eine Diskussion der subjektiven Seite der Willenserklärung überhaupt; danach können die verschiedenen Methoden und Argumente gewürdigt werden, mit welchen die Relevanz eines Erklärungsbewußtseins behauptet oder bestritten wird. . . In einem vierten Teil schließlich ist - in Kürze - auf die Konsequenzen für den Gegner des ohne Erklärungsbewußtsein Handelnden einzugehen.

9) vgl. Ellinghaus, Die Willenstheorie im Bereich der modernen massenförmigen Rechtsgeschäfte; Götz, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr

Es wurde bereits bemerkt, daß enge Verbindungen zwischen dem Problem des Erklärungsbewußtseins und den Komplexen "Vertrauenshaftung" und "Rechtsschein" bestehen; in diesem Zusammenhang sind weiter zu nennen die Tatbestände der "stillschweigenden Willenserklärung", der sogenannten "Unterwerfung unter Allgemeine Geschäftsbedingungen" u.a.m. Es liegt auf der Hand, daß die hieran zu entwickelnden Fragen methodisch nach dem hier untersuchten Gegenstand einzuordnen sind. Denn erst wenn feststeht, daß eine - aus bestimmten Gründen, die sich aus einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen ergeben - erwünschte rechtsgeschäftliche Bindung bei (und verursacht durch) Fehlen des Erklärungsbewußtseins nicht eintreten kann, ist es erforderlich, anderweitig nach Aushilfe zu suchen. Wenn hingegen ein solches subjektives Element im Tatbestand der Willenserklärung keinen Platz hat, ist regelmäßig ein auf den Anschein einer rechtsgeschäftlichen Erklärung vertrauender Dritter auch ohne Hilfeleistung der obengenannten besonderen Rechtsinstitute ausreichend geschützt. - Gegenwärtige Untersuchung befaßt sich ausschließlich mit dem Erklärungsbewußtsein als Tatbestandselement der Willenserklärung. Lösungsversuche für die hier auftretenden Fragen unter den ander angesprochenen Aspekten sind aus den angeführten

methodischen Erwägungen in diesen Rahmen nicht einbezogen. Trotz ihrer unbestrittenen praktischen Bedeutung sind diese logisch-systematisch nachrangig und wären - gerade wegen ihres Gewichts,- besonders zu würdigen.¹⁰⁾ Hier geht es allein darum, ob ein Erklärungsbewußtsein im Tatbestand der Willenserklärung überhaupt eine Rolle spielt.

10) So verfährt auch Götz in seinem oben Anm. 9 genannten Werk.

ERSTER TEIL

Die Willenserklärung des bürgerlichen Rechts.

Ihre Struktur. Allgemeines.

I.

"Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Das Wesen des Rechtsgeschäfts wird darin gefunden, daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Erfolge gerichteter Wille sich betätigt, und daß der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die g e w o l l t e ¹⁾ rechtliche Wirkung in der R e c h t s w e l t ^{1) 2)} verwirklicht. Besonderer Ausdruck ist dieser Auffassung nicht gegeben Die Ausdrücke 'Willenserklärung' und 'Rechtsgeschäft' sind in der Regel als gleichbedeutend gebraucht. Das erstere ist namentlich da gewählt, wo die Willensäußerung als solche im Vordergrund steht oder wo zugleich der Fall getroffen werden soll, daß eine Willenserklärung nur als Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes in Frage kommt." ³⁾

Mit diesen wenigen Sätzen legt die 1. Kommission in ihren Motiven zum Entwurf eines BGB ihre Vorstellungen über das Thema "Rechtsgeschäft und Willenserklärung" dar. Bedenkt man die bereits im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts fast unüber-

1) gesperrt vom Verf.
2) Zitelmanns Einfluß?
3) Mot. I, 126

sehbare Fülle an Literatur zu diesem Fragenkreis,⁴⁾ so erscheint diese Aussage als Grundlage eines Ergebnisses langjähriger Vorbereitungen wenig aufschlußreich. Immerhin deckte sie die Mehrzahl der Lehrmeinungen. Insoweit dürfte der - kritischen - Behauptung zu folgen sein, daß die Rechtsgeschäftslehre des BGB im wesentlichen der herrschenden Doktrin des ~~gemeinen~~ Rechts folge.⁵⁾

Auch die modernere Dogmatik bleibt, jedenfalls soweit es um die Beschreibung der wesentlichen Grundsätze geht, auf der von den Motiven nachgezeichneten Linie.⁶⁾

Unter der dünnen Decke der Übereinstimmung dehnt sich indes ein weites Feld der Kontroversen, welche zum Teil bis in die Urzeiten juristischen Denkens zurückreichen.⁷⁾ Je nach Denkansatz und Methode der Autoren zielen die Meinungen über Rechtsgeschäft und Willenserklärung (hier im Sprachgebrauch der Motive verstanden) in die Richtungen: Privatautonomie/Vertragsfreiheit, Vertrauensschutz, bisweilen auch bis hin zu den Gebieten der Anthropologie, Psychologie oder Soziologie.

Bei der angedeuteten Vielfalt der Ansichten ist es geboten, wenigstens in groben Strichen die Grenzen

4) vgl. die Nachweise bei Dernburg, Pandekten (1. Aufl., 1884), Bd. I, § 91, Anm. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, § 96, Anm. 2, §§ 99 ff und die dortigen Anmerkungen; auch die 7. Aufl. dieses Werkes; s. auch Windscheid, Pandekten (5. Aufl., 1882), Bd. I, § 69, Anm. 1, 2, 3, 4, §§ 75 ff u. dort. Anm.; auch die 9. Auflage dieses Werkes. Vgl. weiter Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, pass.

5) Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Festgabe für Hänel, 24, 64

6) vgl. nur Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A; Lehmann-Hübner, § 24 I; Staudinger-Going, Einl. z. III. Abschnitt, Rdn. 2 f

7) s. etwa Zitelmans Monographie "Irrtum und Rechtsgeschäft"; auch Schloßmann, Der Vertrag

und Markierungen des Feldes zu ziehen, auf welchem vorliegende Untersuchung sich bewegen soll. Ohne wenigstens einige Klarheit über den Begriff "Willenserklärung" - was hier nicht gleich einem "Begriff der Willenserklärung" zu verstehen sei - erscheinen Spekulationen über einzelne Elemente von deren Tatbestand fruchtlos.⁸⁾ - Kaum bestritten dürfte die Formulierung sein, "Willenserklärung" sei das Ins-Werksetzen eines Willens in rechtlich bedeutsamer Weise zur Erzielung einer von diesem Willen - irgendwie - abhängigen Rechtsfolge.⁹⁾ Unerörtert mag hier bleiben, welche Bedeutung der modus des Bekanntwerdens bei einem Gegner habe. - Es ist auch nicht in eine Diskussion darüber einzutreten, ob "Willenserklärung" eine bloße Rechtserschei-nung sei¹⁰⁾ oder ein dem Recht vorgegebener Begriff.¹¹⁾ Denn auch wer die zweite Ansicht für richtig hält, muß anerkennen, daß "der Gesetzgeber" eine nahezu unbeschränkte Freiheit in der Ausgestaltung der positiven Rechtsregel genießt; durch Erkenntnisse über den a priori feststehenden Begriff "Willenserklärung" oder gar von dem Wesen dieser Willenserklärung wird so gut wie keine Alternative auf dem Gebiete der praktischen Fragen vorgeschrieben oder ausgeschlossen.

8) Wenigstens dies wird auch v. Hippel, Privatautonomie, 3, nicht bestreiten.

9) vgl. Brox, Irrtumsanfechtung, 92; Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A; Lehmann-Hübner, § 24 I; Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Celle-Festschrift, 278, 279; s. auch die frühere Formulierung von Henle, Vorstellung- und Willenstheorie, 376.

10) in diesem Sinne etwa Fabricius, Stillschweigen, JuS 1966, 6; ähnlich Manigk und seine Anhänger.

11) so z.B. Larenz, Auslegung, Nachwort zum Nachdruck.

Dies bedeutet, daß in jedem Falle ein Streit - etwa um die Funktion eines "Erklärungsbewußtseins"¹²⁾ - letztlich auf dem Felde des positiven Rechts auszutragen ist.¹³⁾

II.

Die dem Problem der Willenserklärung (oder auch: Willenserklärungen) gewidmeten Untersuchungen halten fast durchweg eine im Grundsatz übereinstimmende Arbeitsweise ein. In "klassischer" Tradition¹⁴⁾ legen die meisten Autoren ihren Untersuchungen die "Beobachtung" zugrunde, daß - so etwa eine auf mittlerer Linie liegende Formulierung - sich die Willenserklärung aus den zwei Elementen "(innerer) Wille" und "(äußere) Erklärung" zusammensetze.¹⁵⁾^{15a)} Als sehr zweifelhaft erscheint indes, ob eine eigentliche Trennung überhaupt am Platze sei.¹⁶⁾ So-

12) Zu diesem Begriffe Näheres unten S. 34

13) so ausdrücklich Larenz, Auslegung, 52 f; ähnlich Binder, Wille und Willenserklärung, 1; erst recht natürlich alle "Positivisten" und "Legalisten".

14) vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, III, 99, 257

15) in willkürlicher Auswahl: Binder, Wille und Willenserklärung, pass.; Brox, Irrtumsanfechtung, 47; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, J-T-Festschrift I, 153; Henle, Vorstellungstheorie, 145; Jacobi, Theorie der Willenserklärungen, 3; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, pass.; Merz, Fingierte Willenserklärungen, pass.; Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 75 u. pass.; Schmidt-Rimpler, Grundfragen, AcP 147, 148, 173 ff; Schuster, Erklärungsbewußtsein, 1; Titze, Mißverständnis, 25; ders., HdWBdR IV, 656; Westermann, Anpassung der Auslegungsmethode, Karl-Arnold-Festschrift, 281; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, pass.

15a) kritisch zur Terminologie des Gesetzes Flume, Rechtsgeschäft, 77

16) Bedenken äußert Dulckeit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, Festschrift Fritz Schulz I, 148 ff, 158

weit durch sie beide Elemente voneinander abgetrennt werden sollen, führt sie zu einseitiger Betrachtungsweise.

Wille und Erklärung vereinen sich nicht nur gewissermaßen zufällig in der Willenserklärung, sondern sie sind stets nur Teile eines Ganzen.¹⁷⁾ Als solche zusammengehörigen Dinge müssen sie auch untersucht werden.¹⁸⁾ Soweit dabei eine Einzelbetrachtung beider Elemente erforderlich ist - und dies wird allemal der Fall sein -, muß man immer darauf achten, daß man nur die zwei Seiten ein und desselben Gegenstandes sieht.¹⁹⁾

Mit diesen Beifügungen sollen nachfolgende Erörterungen verstanden werden. Es sei jedoch an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß die Ausdrucksweise "Willensseite" oder "Erklärungsseite" nichts als eine gedankliche Hilfskonstruktion ist; keinesfalls soll sie die Untersuchung bereits im Sprachgebrauch auf eine Betrachtung des rein "statischen" Aspekts festlegen.

-
- 17) darauf weist Savigny ausdrücklich hin: "vielmehr sind sie schon ihrem Wesen nach als verbunden zu denken", System III, 258
- 18) Eisele, Nichtigkeit wegen Mangels an Willensübereinstimmung, Iher Jahrb. 25, 414, 417, betont, daß allein die "Willenstheorie" an der Einheit der Willenserklärung festhalte, in diesem Sinne etwas früher schon Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften, ZHR 25, 77, 116: beide Elemente seien einander ebenbürtig. Diese Einsicht scheint von den Späteren nicht immer genügend beachtet: vgl. die Kritik von Flume, Rechtsgeschäft, 58
- 19) So besonders deutlich Ellinghaus, Willens-
theorie, 28, 29

Geht man nun nach der angegebenen Methode vor, so stellt sich die Frage, welche Befunde die Betrachtung des jeweiligen Elements liefere. Besonders mit Bezug auf die Willensseite herrscht äußerste Vielfalt der Meinungen; aber auch die Erklärungsseite weist ihr Teil an Kontroversen auf. Die Untersuchung wird sich im folgenden auf einen Ausschnitt des Willenelements konzentrieren. Aus obigen Ausführungen folgt jedoch, daß die Ergebnisse der Erörterungen des zweiten Elements - jedenfalls in gewissem Maße - auch auf die Willensseite auswirken müssen. Daher sei zuerst auf die Funktion der "Erklärung" eingegangen.²⁰⁾

20) Es mag erscheinen, als werde hier eine rein begriffliche Methode verfolgt. Das ist nicht der Fall. Hingegen soll bewußt von der Lösung im System des BGB ausgegangen und Gebrauch gemacht werden. Damit ist nicht verkannt, daß Begriffsbildungen und -erläuterungen nie Selbstzweck sein dürfen, daß sie vielmehr durch (Vor-) Entscheidungen für Sachprobleme das Recht verwirklichen sollen - und an dieser Funktion zu messen sind. Insoweit ist v. Hippel, Privatautonomie, 21 ff, 36, 48 ff, zuzustimmen. Doch darf der Wert allgemeiner Begriffe auch nicht unterschätzt werden: Gerade sie ermöglichen es, gleichartige Sachfragen einheitlich (vorweg) zu entscheiden. So auch v. Hippel, aaO, 36.
Vgl. zur Frage eines Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Rechts auch Zitelmann, Der Wert eines "allgemeinen Teils" des bürgerlichen Rechts, Grünhuts Z 33, 1; neuerdings Bartholomeyczik, Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung, Festschrift f. Ficker, 51. Zur Kritik an der Begriffsbildung "Rechtsgeschäfte" und "Willenserklärung" im BGB: Schloßmann, Festgabe für Hänel, 1

ZWEITER TEIL

Die Erklärungsseite

I.

1. Die beschriebenen Tatbestandskomplexe und die mit ihnen zusammenhängenden Fragen sind im Grunde nicht zu trennen. Die Gestalt (oder: Erscheinung) der "Erklärung"¹⁾ läßt sich, ohne daß deren Zweck im Auge behalten wird,^{1a)} kaum zutreffend beschreiben. Es fällt jedoch auf, daß dem Moment der "Erklärung"²⁾ weit weniger Aufmerksamkeit zuteil geworden ist als dem Willenselement. Eine wirklich eigenständige Bedeutung gewinnt sie erst in der Lehre, die den eigentlichen Vollzugsakt in der Erklärung alleine sieht,³⁾ und bei den hiervon beeinflussten Autoren.⁴⁾

-
- 1) "Erklärung" ist hier nicht als unangesprochene Rückkehr zu der oben verworfenen Trennung zu verstehen. E. soll im folgenden lediglich die Formel für das die Verbindung zur (Rechts-) Außenwelt vermittelnde Element im Tatbestand darstellen.
 - 1a) stets im Lichte des Gesamttatbestandes der Willenserklärung gesehen!
 - 2) Deren Gleichwertigkeit mit dem Willensmoment betont auch Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf I, 98. Auffallend ist der Zusammenhang, in welchem diese Bemerkung erfolgt: Z. befaßt sich mit dem Problem der Auslegung, wie es § 73 des ersten Entwurfs stellte.
 - 3) v.a. Bülow, Geständnisrecht, pass., vgl. 126
 - 4) etwa Larenz, Auslegung, pass.; Rhode, Willenserklärung und Pflichtgedanke, 28; ähnliche Formulierungen bei Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 2; undeutlich R. Leonhard, Irrtum I, 76. - Die kritischen Stimmen zu Bülows Theorie überwiegen zu Recht: vgl. Bailas, Vertragsschließung, 76 Anm. 16; Ellinghaus, Willenstheorie, 46; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 172. Es wird auch bestritten, daß B. etwas wesentlich Neues ausgesagt habe: Flume, Rechtsgeschäft, 58

2. Es erstaunt wenig, daß die frühen Vertreter der sogenannten "Willenstheorie" sich mit der Frage nach Struktur und eigentlichem Zweck der Erklärung kaum beschäftigt haben. Der Grund für diese Zurückhaltung darf zunächst in der Auffassung über die zentrale Bedeutung des Willensmoments gesucht werden.⁵⁾ Hinzu kommt ein weiterer - meist nicht besonders verfolgter - Umstand: Die äußere Gestalt der Erklärung ist - im Grundsatz - völlig in das Belieben des Einzelnen gestellt; die Zahl der Mittel, den Willen nach außen treten zu lassen, ist nicht begrenzt. Angesichts dieser Vielfalt der Erscheinungen schien es nahezuliegen, die Aufmerksamkeit fast gänzlich auf den Willen - als den eigentlichen Kern - zu richten.

Auch diejenigen der älteren Schriftsteller, welche der Willenstheorie entgegentraten, sahen die Verhältnisse nicht wesentlich anders. Sie bekämpften ihre Gegner in der Frage der Maßgeblichkeit des Willens mit dem Argument: der innere Wille könne nur in der Erklärung als seinem äußeren Abbild erkannt werden; allein auf diese komme es also an.⁶⁾ Es liegt auf der Hand, daß hiermit die

-
- 5) "Denn eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden", Savigny, System III, 258
- 6) Sogen. Erklärungstheorie. Grundlegend: Bähr, Über Irrungen im Kontrahieren, Iher Jahrb. 14, 393, 400 ff (für Verträge). Ihre wichtigsten Anhänger: Danz, Eberhard, Fritze, Hellmann, Hölder, Kohler, Lenel, Neubecker, Schloßmann, Schneider (vgl. auch das Referat von Windscheid, AcP 63, 73); aus neuerer Zeit: Drexelius, Wolff, Zlotnitzki; ähnlich Hildebrandt. Zur neueren Entwicklung s.a. Schmidt-Salzer, Unterwerfung unter AGB, BB 1967, 129, 130. Im jüngeren Schrifttum zeigt sich eine Abneigung, sich in das Schema dieses Streites einzwängen zu lassen: vgl. Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, Festschrift für Nipperdey, 1965, I, 374

von den Vertretern der Willenstheorie vorgezeichneten Bahnen im Prinzip nicht verlassen sind. Der Unterschied zwischen beiden Richtungen besteht darin, daß jene die Rechtsfolgen gemäß dem "subjektiven Willen" des Erklärenden eintreten lassen, während die Anhänger des Erklärungsdogmas das Verständnis des Erklärungsgegners für entscheidend halten. Dies ist schon früh als inkonsequent kritisiert worden.⁷⁾ In der Tat ist die Erklärungstheorie nicht weniger "subjektiv" als die von ihren Anhängern bekämpfte Richtung.⁸⁾ Man kann sie mit Fug als eine "Empfänger-Willenstheorie" bezeichnen. Eine prinzipielle Differenz besteht zwischen beiden Ansichten nicht; die wichtigste Abweichung betrifft die Frage nach dem Auslegungsmaterial.⁹⁾ Dies erklärt auch das Phänomen, daß Vertreter beider Schulen¹⁰⁾ die im BGB getroffene Regelung als Beweis für die eigenen Thesen in Anspruch nahmen, obwohl die Verfasser und Redaktoren des Gesetzes dem Streit zwischen beiden Dogmen bewußt ausgewichen sind.¹¹⁾

7) Pernice, Kritische Beiträge, ZHR 25, 77

8) Lehmann-Hübner, § 24 IV 1 c β ; auch Manigk, Neubau des Privatrechts, 129

9) vgl. Wolff, Mentalreservation, Iher Jahrb. 81, 53, 87

10) Willenstheorie: etwa Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, 16 ff; Lehmann-Hübner, § 34 I 2; Erklärungstheorie: etwa Danz, Willens- und Erklärungstheorie im BGB, DJZ 1906, 1277, 1278

11) s. Prot., 197, 223 (Mugdan I, 710, 716)

II.

Unter den intensiveren Bemühungen um den Tatbestand der "Erklärung als solcher" ist die Ansicht zu nennen, welche deren Funktion im "Klarmachen" des Willens sieht.¹²⁾ (Zweck und Inhalt der Erklärung, dies deutet sich hier bereits an, sind nicht ohne weiteres zu trennen; auch strenge Anhänger der Erklärungstheorie¹³⁾ kommen nicht ohne einen Bezug auf einen Willen aus, wenn die Erklärung untersucht wird.) Es liegt auf der Hand, daß bei diesem Verfahren, welches den rein ethymologischen Sinn ermittelt,¹⁴⁾ nicht viel mehr als eine Art von Silbentrennung betrieben wird. Die - von vielen dogmenhistorischen Zufällen¹⁵⁾ beeinflusste - Entwicklung des Begriffs bleibt völlig unberücksichtigt, gerade so, als ob dieser am 1. Januar 1900 unvermittelt in die Welt getreten wäre.

Eine zweite Richtung sieht - aus anderem Blickwinkel - den Zweck der Erklärung fast gleich: Diese sei als Mittel zu Erkennung und Beweis des Willens unerlässlich.¹⁶⁾ Hier wird das "corpus"

12) vgl. Hellmann, Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht, Iher Jahrb. 42, 413, 418; Schneider, Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung, ArchBürgR 42, 473. Beide gehen vom Wortsinn aus.

13) Wie die oben S. 15, Anm. 6, und Anm. 12 Genannten

14) welches noch Lonsky, Empfangsbedürftige Willenserklärungen, 7, anwendet. Bedenken hiergegen äußert schon R. Leonhard, Irrtum I, 70: Die Bedeutung des Wortes "E." sei auch nach dem BGB durchaus ungewiß.

15) hierzu ausführlich: Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Festgabe für Hänel, 48 ff, 64 ff

16) vgl. Savigny, System, III, 258; ähnlich Dernburg, Pandekten, § 98. Hiergegen schon Sohm, Vertragsschluß unter Abwesenden, ZHR 17, 16, 83; Pernice, ZHR 25, 85

ganz von der Prävalenz des "animus" geprägt; daß der innere Wille als solcher unerkennbar bleibt bedarf es der Erklärung, welcher insofern eine rein dienende Funktion zukommt. - In solchem einseitigen Verständnis hat diese Lehre allgemeines Ablehnung erfahren. Mit Recht: Eine besondere Beweislehre hat das bürgerliche Recht auch sonst nirgendwo entwickelt, wo es - wie schließlich stets - um die Beweisbarkeit einer Willensregung geht.¹⁷⁾ Durch die Lager der einander sonst bekämpfenden Richtungen läuft immerhin die eine Parole: daß die Erklärung mehr sei als ein bloßes Erkenntnis- und Beweismittel für den Willen des Handelnden.¹⁸⁾ Im übrigen herrscht weniger Übereinstimmung.

2. Eine durchaus heterogene Gruppe lehrt, die Erklärung drücke ein Wollen aus und solle anderen

17) z.B.: Wille, nicht mehr einem anderen den Sachbesitz zu vermitteln; Absicht, auf das Eigentum zu verzichten; Absicht, das Testament aufzuheben

18) Ellinghaus, Willenstheorie, 29; Enneccerus, Rechtsgeschäft, 58; Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A; Kohler, Mentalreservation und Simulation, Iher Jahrb. 16, 91, 92 ff; Larenz, Vertrag und Unrecht I, 39; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, pass. 486; Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, 64; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 250

die Kenntnis dieses Willens vermitteln.¹⁹⁾ Die einzelnen Begründungen sind an dieser Stelle nicht zu erörtern. Hier interessiert lediglich, daß allen diesen Ansichten eine - fast selbstverständliche - allgemeine Beobachtung zugrunde liegt: Eine Willenserklärung (oder, wenn man so will, ein Rechtsgeschäft) kann sinnvoll nur in irgendeiner Beziehung des Urhebers zu einer anderen Person gedacht werden.²⁰⁾ Hier ist der Einfluß eines bis auf das Vernunft- und Naturrecht zurückreichenden Gedankengutes erkennbar.²¹⁾ - Das Interesse des betroffenen Anderen verlangt die Erklärung des Willens. In der Sache selbst bleibt als Erläuterung indes kaum mehr als die Formel: Erklärung sei die Verlautbarung des (Geschäfts-) Willens.

19) etwa: Fritze, Stillschweigende Willenserklärung im BGB, ArchBürgR 14, 204; ten Hompel, Verständigungszweck, 17 (Kenntnisvermittlung und Verständigung); Küchenhoff, Nicht-Willenserklärung und anfechtbare Willenserklärung, LZ 1931, 304; Lehmann-Hübner, § 24 IV 1a; F. Leonhard, Auslegung, AcP 120, 68 ("Mitteilung"); Neubecker, Haftung für Wort und Werk, Gierke-Festschrift 1910, III, 197; Titze, Mißverständnis, 25, Anm. 7; Wedemeyer, Abschluß des obligatorischen Vertrages, 52; Ähnlich Isay, Willenserklärung im Rechtsge-
schäft, 25 f (Möglichkeit des Schlusses auf den Willen); Jacobi, Theorie, 7 ff, 24; Oertmann, Allgemeiner Teil, Vorbemerkung 9 d vor § 104; Planck-Flad, Allgemeiner Teil, Vorbe-
merkung 3 ff vor § 116; Siegel, Privatrechtliche Funktion der Urkunde, AcP 111, 1, 19; un-
deutlich Schuster, Erklärungsbewußtsein, 13. Vermittelnd: Schmidt-Rimpler, Grundfragen, AcP 147, 130, 148, 173 ff

20) womit nicht etwa auf den Streit um die sogen. nicht empfangsbedürftige Willenserklärung Bezug genommen wird. S. dazu Staudinger-Coleing, Vorbemerkung zu § 116, Rdn. 11 ff u. Rdn. 1 zu § 130

21) s. etwa Husserl, Rechtskraft, pass.

Erheblich weiter als diese Theorien geht die Lehre, welche die Erklärung als wesentlich durch einen ihr zugrunde liegenden "Kundgebungszweck" bestimmt sieht.²²⁾ Dies zeigt sich indes weniger in den Argumenten, auf welche ihre Anhänger sich stützen, als vielmehr in den Konsequenzen, zu denen sie im Verlaufe ihrer Deduktionen genötigt sind. Ausgangspunkt ist jedoch auch hier die Bezogenheit der Willenserklärung auf eine andere Person.²³⁾ In der Erörterung der dogmatischen Auswirkungen jedoch lassen sich Axiome und Folgesätze nicht immer klar voneinander trennen: Ein Erklärungsgeschäft ist da erforderlich, wo die Rechtssphäre eines anderen betroffen wird; die Erklärung enthält eine Kundgebung, also ist ein Kundgebungswille wesentlich; als Kundgebung muß die Erklärung an einen anderen gerichtet sein; ohne Abgabe gegenüber einem anderen liegt keine Erklärung vor. So wird das eigenhändige Testament zur Willenserklärung, die

-
- 22) Deren Hauptvertreter ist Manigk. Vgl. M., Willenserklärung und Willensgeschäft, 180 ff, 188 u. pass.; ders., Irrtum und Auslegung, 109 u. pass.; ders., Wesen des Vertragsschlusses, Iher Jahrb. 75, 125, 127, 148; ders., Das rechtswirksame Verhalten, 123, 140, 142 u. pass.. S. auch M. Breit, Willenserklärung als Äußerungs- und Leistungsgegenstand, GruchotsBeitr. 55, 3; Hellmann, Rezension, KritVJSchr 48, 217, 226; Lonsky, Abgabe empfangsbedürftiger Willenserklärungen in Testamenten, 12; Schuster, Erklärungsbewußtsein, 16; Stoll, Vertrag und Unrecht, 48, 49; ähnlich Fabricius, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 7. Ablehnend neuerdings, Rothoef, System der Irrtumslehre, 78
- 23) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 175, 305 ff, 552 f; ders., Das rechtswirksame Verhalten, 121 u. pass.

einem anderen gegenüber abzugeben ist.²⁴⁾ - Dennoch besteht eine Verbindung zu der vorher genannten Lehre. Die Offenbarung der Erfolgsabsicht als Charakteristikum der Willenserklärung ist auch hier nicht aufgegeben.²⁵⁾

3. Eine weitere Gruppe von Autoren legt mehr Nachdruck auf die Feststellung eines stärkeren Eigenwertes der Erklärung im Tatbestande der Willenserklärung. Auch hier ist nichts weniger als eine Gleichartigkeit der Ausgangspunkte zu konstatieren. Ein Teil der dahin gehörenden Autoren ist dem Lager der Erklärungstheorie oder doch dessen Nachbarschaft zuzurechnen; ein anderer Teil hingegen steht in entschiedenem Gegensatz zu jener Lehre.

Erste Ansätze zu einer solchen neuartigen Beurteilung der Erklärung finden sich bei Vertretern der zuletzt genannten Schule. Hier steht folgende These am Anfang: Der durch die Erklärung nicht geäußerte Wille müsse unberücksichtigt bleiben, dies aber nicht wegen der Schwierigkeiten des Beweises, sondern weil ein solcher Wille für das Recht überhaupt nicht vorhanden sei.²⁶⁾ Es be-

24) vgl. Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 305, 332 ff, 335. Gewiß ist M. zuzugeben, daß der Sonderling, der die Urkunde unauffindbar im Meer versenkte, überhaupt kein Testament errichtet hat. Eine Verwechslung von Ursache und Wirkung liegt allerdings in M.s Behauptung, ein Testament liege nicht vor, weil der Kauz so sonderbar mit dem Schriftstück verfuhr. Vielmehr handelte er so, weil er gar nicht die Absicht gehabt hatte, ein Testament zu errichten.

Zu dieser Lehre s. auch unten S. 97 ff
25) s. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 226; ähnlich ders., Das rechtswirksame Verhalten, 172 ff, 174

26) Sohm, Vertragsschluß unter Abwesenden, ZHR 17, 83, 84, unter Berufung auf Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen, I, 3

darf keiner weiteren Erläuterungen, daß damit u mittelbar nur das Auslegungsproblem angesprochen ist; weitere Konsequenzen in der hier interessierenden Richtung werden nicht gezogen, vielmehr weist die anschließende Bemerkung, die Erklärung sei Willensmitteilung²⁷⁾, auf den Komplex "Auslegung" zurück. - Weiter führt die Annahme einer Doppelrichtung des Willens.²⁸⁾ Dieser soll unmittelbar auf die Handlung (Erklärung) und mittelbar auf deren Folgen gerichtet sein: Dann kann der Erklärungsakt - auch-Zeichen der Absicht (so weit diese auf die Folgen zielt).²⁹⁾ Dieses Zeichen soll deswegen wesentlich sein, weil die bloß "innere Regung nicht entschieden und fertig genug ist, um als Anknüpfungspunkt rechtlicher Wirkungen zu dienen."³⁰⁾ Nur die Tat gibt Aufschluß über die hinreichende Festigkeit des Willens.³¹⁾ Sie wird damit - in der Erklärungs Handlung - echtes Tatbestandsmoment für das Eintreten der beabsichtigten Rechtsfolge.³²⁾ Hier ist die Erklärung schon weitgehend selbständig gegenüber der Absicht (dem Willen) geworden - allerdings in einem mehr negativen Sinne: ohne die Tat ist die Willensbildung nicht abgeschlossen, diese stellt gewissermaßen die Sanktion für den Willen dar. Eine andere Frage ist, wie die Absicht dar

27) vgl. Sohm, aaO, 89

28) s. Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, Iher Jahrb. 16, 357, 363; ders., Irrtum und Rechtsgeschäft, 241

29) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 242

30) Zitelmann, aaO, 248

31) Zitelmann, aaO, 248; ähnlich Rümelin, Handl. in fremdem Namen, AcP 93, 161, 167

32) Zitelmann, aaO, 250; s. auch Enneccerus, Rechtsgeschäft, 58

"durch" die Erklärung wirkt. 33) 34)

Eine andere Schule stellt noch stärker auf das Erklärungsmoment ab - allerdings ist hier die Handlung nicht mehr Vollzugsmittel des Willens. Was den rechtlichen Boden betrifft, ist hiernach allein die Willensaktion;³⁵⁾ das Subjekt, so diese Lehre, "kann" nur den Akt wollen, an den die Rechtsordnung die Rechtswirkung "anknüpft".³⁶⁾ 3 (Nachwirkungen finden sich in der Ansicht, die Erklärung sei -(auch)- Bewirkung des gewollten Sachverhalts selbst.³⁷⁾ Ganz ausgeprägt erscheint

-
- 33) Kritik zum Ausgangspunkt äußert Zweigert, Irrtümer über den Irrtum, ZRV 1966, 2. - Bedenken gegen die - mit psychologischen Argumenten vorgetragene - Ansicht, daß der Wille erst vollendet sei, wenn er erklärt sei, machen geltend: Manigk, Anwendungsgebiet, 102; sowie neuerdings Lüderitz, Auslegung, 225. Eine Auseinandersetzung kann hier unterbleiben. In diesem Zusammenhang ist der Ansatz als solcher interessant.
- 34) Zu bemerken ist, dies sei hier nachgetragen, daß die Mehrzahl der älteren Autoren so gut wie nie ihren Beobachtungspunkt auf der Willensseite aufgibt. Dies spricht gegen die Behauptung, daß auch frühere Erörterungen eine dualistische Betrachtungsweise geübt haben: so aber Larenz, Auslegung, 13 ff - unter dem Aspekt der Auslegung, welche aber stets im Hintergrunde steht.
- 35) vgl. Kohler, Mentalreservation und Simulation. Iher Jahrb. 16, 91, 92
- 36) Kohler, Iher Jahrb. 16, 331 ff
- 36a) Die Bedenken drängen sich auf: Von autonomer Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse bleibt nichts übrig.
- 37) s. Schmidt-Rimpler, Grundfragen, AcP 147, 148

der Selbstwert der Erklärung in den durch die sogenannte Geltungstheorie³⁸⁾ angeregten Lehren: Nach diesen ist die Willenserklärung das unmittelbare In-Geltung-Setzen der als gewollt bezeichneten Rechtsfolge.³⁹⁾ Die Erklärung selbst ist danach der Vollzugsakt; doch geht die Aussagequalität (über den Willen) nicht verloren.^{39a)} Die hier angesprochene Kenntnisvermittlung bezieht sich allerdings weniger retrospektiv auf den Entschluß des Handelnden als vielmehr vorwärtsgerichtet auf den von diesem bewirkten Sinn der Äußerung.

Über die Konsequenzen besteht in dieser Gruppe freilich Streit; dieser betrifft jedoch die Willensseite und mag hier auf sich beruhen.

38) Bülow, Geständnisrecht, pass., etwa 126. Anklänge sind bereits bei Hölder, Schulin-Rezension, KritVJSchr 18, 176, zu bemerken, der allerdings diese Richtung nicht verfolgt: s. ders., Iher Jahrb. 55, 413, 443 ff. B. bewegt sich in der Bahn von Kohler, wenn er sagt, der Wille könne (!) nicht über die Tat hinausreihen, aaO, 121, er sei flüchtig und nur in dieser "zuständlich". Ist die "Tat" dauerhafter? Vgl. auch ten Hompel, Verständigungszweck, 13

39) vgl. etwa Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A; Larenz, Vertrag und Unrecht, I, 38. Im Prinzip ablehnend neuerdings: Ellinghaus, Willens-
theorie, 46 ff

39a) s. z.B. Brox, Irrtumsanfechtung, 91 f; Enneccerus-Nipperdey § 145 II A. Im übrigen scheint in Vergessenheit zu geraten, daß die einseitige Betonung des Aspektes des "Willensvollzuges" einen Rückschritt darstellt. Erst Zitelmann hat darauf aufmerksam gemacht, daß die Erklärung zugleich (sie!) Äußerung der Absicht sei, vgl. Die juristische Willenserklärung, Iher Jahrb. 16, 371

III.

Versucht man nun, aus den oben angedeuteten Auseinandersetzungen die Summe zu ziehen, so ergibt sich als Grundlage und Hintergrund für die Erörterung der Willensseite folgendes: Die Erklärung im Tatbestand der Willenserklärung ist zunächst - nicht ausschließlich - Vollzugs- und Sanktionsakt für den rechtsgeschäftlichen Willen. Sie hat weiter - auch - die Funktion, einen äußerlich feststellbaren Befund zu liefern (als Ausdruck des Willens, nicht so zur Vermittlung der Kenntnis von der Absicht); dieser verflüchtigt sich indes um so mehr, je schwächer das Erklärungshandeln wird.

Schon vorstehende kurze Ausführungen lassen erkennen, wie stark die Beurteilung des Erklärungsmoments von der jeweiligen Stellung in der Willensfrage abhängt - und umgekehrt. Wenn nunmehr die Diskussion eines Elements des rechtsgeschäftlichen Willens in Angriff genommen wird, so sind die hier umrissenen Qualifikationen des Erklärungsaktes stets mitzudenken.

DRITTER TEIL

Die Willensseite

A. Allgemeines

I.

1. Keine Frage aus dem Gebiete des Privatrechts hat die Rechtswissenschaft seit jeher so in Anspruch genommen wie die nach Funktion und Bedeutung des Willenselements in "der" juristischen Willenserklärung.¹⁾ Trotz der vielgestaltigen Kontroversen läßt sich aus den Stellungnahmen in der Lehre der Verlauf einer Entwicklungslinie im großen mit einer für die Zwecke gegenwärtiger Arbeit hinreichenden Genauigkeit nachzeichnen.

Für die Wissenschaft des gemeinen Rechts stellte "der Wille" des rechtsgeschäftlich Handelnden das vor allem wirkende Element dar.²⁾ Diese Position hat sich - mit Abschwächungen - über die späte Pandektistik bis in die Gegenwart erhal-

1) Zur Terminologie und Methode:

Wenn im Folgenden in der üblichen Redeweise nach Inhalt oder Richtung "des Willens" gefragt wird, so in dem Verständnis, daß hierdurch ohne vorgängige Festsetzung eines eigenen Sprachgebrauchs das jeweilige Problem umschrieben sei.

Es soll auch mit dieser Ausdrucksweise nicht angedeutet werden, es lasse sich "der Wille" einfach von "der Erklärung" lösen, so daß man beide gleichsam gegeneinander halten könnte.

2) statt aller: Savigny, System III, 258 u. ff

ten.³⁾ Eine Gegenbewegung, viele Lehren umfassend, ist einig in der Behauptung, daß die Absicht (der Wille) nicht wesentliches Element der Willenserklärung sei.⁴⁾ Ohne daß weitere Einzelheiten auszubreiten sind, wird doch die Bemerkung Zustimmung finden, daß sich in Rechtsprechung und Literatur der neueren Zeit ein Schwinden der Bedeutung des Willenselements - d.h.: der Beachtlichkeit eines Mangels in diesem Punkte - beobachten lasse.⁵⁾

2. Das Ziel der Untersuchung erfordert, daß die verschiedenen Aspekte dieses Willens deutlich voneinander unterschieden werden. Gerade der Umstand, daß das nicht immer beachtet wurde, hat viel zur Uneinheitlichkeit und Unübersichtlichkeit beigetragen.

Für diese Differenzierung bieten sich folgende Einteilungsmöglichkeiten an:

-
- 3) vgl. Zitelmann, Willenserklärung, Iher Jahrb. 16, 357, 369 ff, 371; ders., Irrtum und Rechtsgeschäft, 236 ff, 275 u.pass.; ähnlich Windscheid, Wille und Willenserklärung, AcP 63, 72; abschwächend Hartmann, Werk und Wille beim stillschweigenden Konsens, AcP 72, 255. In dieser Richtung auch Manigk, zuletzt: Das rechtswirksame Verhalten, pass.; auch: Enneccerus-Nipperdey, § 145; Flume, Rechtsgeschäft, 49 ff. Vollständigkeit der Referenzen ist nicht angestrebt.
 - 4) Schloßmann, Vertrag, 87, 89 f, 139 u.pass.; Bülow, Geständnisrecht, 126 u.pass.; Kohler, Mentalreservation und Simulation, Iher Jahrb. 16, 91 ff, 95, 325 ff, 331, 335; ders., Wille im Privatrecht, Iher Jahrb. 28, 199 f; Hölder, Willenstheorie und Erklärungstheorie, Iher Jahrb. 58, 101 ff; Rhode, Pflichtgedanke, 32; Wolff, Mentalreservation, Iher Jahrb. 81, 67; zuletzt Drexelius, Irrtum und Risiko, pass.
 - 5) vgl. die Hinweise bei Rothoeft, Irrtumslehre, 70 ff

- (1) Man kann die Frage stellen, ob der in der Willenserklärung wirkende Wille auf die rein wirtschaftlichen Folgen der "Erklärung" (des Rechtsgeschäfts) gerichtet sei oder auf eine Rechtsfolge oder wenigstens auf den Eintritt einer rechtlichen Bindung irgendwelcher Art.
- (2) Man kann untersuchen, ob der Wille sich auf alle Folgen oder nur die wesentlichen Folgen der Willenserklärung (des Rechtsgeschäfts) erstrecken müsse.
- (3) Man kann schließlich die Unterscheidung danach vornehmen, daß man feststellt, bis auf welche "Stufe" des rechtsgeschäftlichen Handelns⁶⁾ der Wille reichen muß; hiervon wäre die jeweilige Benennung abhängig.

II.

Bereits diese kurze Definition der verschiedenen Kriterien mag den Schluß nahelegen, daß es sich um gänzlich verschiedene Problemkreise handle. Im Interesse einer klaren Trennung zwischen diesen, und damit später ein unzulässiges Ausweichen auf ein anderes Feld vermieden werde, soll im folgenden, wenigstens in groben Zügen, beschrieben werden, welche dogmatischen Aufgaben in den jeweiligen Fragenkreisen gestellt sind.

6) Damit soll nicht etwa die rechtsgeschäftliche Stufen-Psychologie von Henle übernommen werden.

1. Mit der an erster Stelle genannten Frage⁷⁾ ist ein altes Problem der Privatrechtswissenschaft angesprochen: Es ist die Auseinandersetzung um den notwendigen Inhalt des Willens oder, anders gesehen, um die Beziehung des Subjekts zur Rechtsordnung. Mit den Streitpositionen "Willenstheorie" contra "Erklärungstheorie" ist hier, das zeigt der erste Blick, nichts anzufangen.

Extrem stehen einander zwei Hauptansichten gegenüber. Eine Gruppe lehrt, der rechtsgeschäftliche Erfolgswille müsse (und könne) sich auf die Rechtsfolgen des Handelns richten.⁸⁾ Anders ausgedrückt: Das Subjekt könne und müsse eine rechtliche Folge "wollen". (Was es mit diesem "Wollen" auf sich habe, sei hier dahingestellt.) - Die Gegner verfechten die These, der in der Willenserklärung wirksame Wille beziehe sich lediglich auf die praktischen ("wirtschaftlichen", "sozia-

-
- 7) Es ist zuzugestehen, daß diese Fragen auch in anderer Reihenfolge gestellt werden können. Die Ausrichtung vorliegender Arbeit legte die gewählte Ordnung nahe.
 - 8) so u.a. Windscheid, Wille und Willenserklärung, AcP 63, 77; Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, Iher Jahrb. 16, 357, 375; ferner: Merkel, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 65; Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, 46; Stöver, Einigung im Sachenrecht, ArchBürgR 26, 155; abschwächend: v. Tuhr, Bedeutung des Willens, ZSchweizR 63, 259 ff; Fabricius, Stillschweigen, JuS 1966, 7 u. ff

len") Folgen des Rechtsgeschäfts.⁹⁾ 9a) - Eine - allerdings deutlich den Grundsätzen der erstgenannten Lehre verpflichtete - vermittelnde Ansicht läßt es genügen, daß der Handelnde den erstrebten (wirtschaftlichen) Erfolg als einen rechtlich gesicherten, auf dem Felde des Rechts liegenden will.¹⁰⁾ Dies kann als die nunmehr herrschende Meinung bezeichnet werden.^{10a)}

2. Logisch streng zu trennen ist von der oben dargestellten Frage die: ob der rechtsgeschäftliche Wille auf sämtliche oder nur auf die wesentlichen Folgen, welche durch das Rechtsgeschäft herbeigeführt werden,¹¹⁾ gerichtet sein müsse. Ohne daß Einzelheiten angeführt werden

9) v.a. Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Iher Jahrb. 19, 155; Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung, 2 ff; Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Festgabe für Hänel, 34, 44; Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, 82; Spiess, Faktische Verträge, ZAkDR 1942, 342; etwas abgeschwächt, aber im Prinzip ähnlich: Kohler, Mentalreservation und Simulation, Iher Jahrb. 16, 336, 339; Binder, Wille und Willenserklärung, 67; Bülow, Geständnisrecht, 126; Gysin, Theorie des Rechtsgeschäfts, ZBemJU 65, 106

9a) Die Mängel dieser Lehre sind deutlich. Einmal wird die Subjektstellung der Person fast gänzlich entleert; zum anderen versagt diese Ansicht bei Geschäften, die auch im Bewußtsein des Handelnden nur rechtliche Folgen haben.

10) So bereits Enneccerus, Rechtsgeschäft, 18; vgl. jetzt Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 2; Larenz, Allg. Teil, 334; Lehmann-Hübner, § 24 IV 1 b

10a) Näheres über die Auswirkung dieser und der anderen Fragen auf die Probleme vorliegender Arbeit im folgenden Abschnitt. - Zum Teil entsteht der Eindruck, das hier zu erörternde Thema werde vorzüglich unter diesem Blickwinkel gesehen; vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von Flume, Rechtsgeschäft, 98

11) und werden sollen: Das Auslegungs- und Irrtumsproblem ist hier impliziert.

sollen, ist doch anzumerken, daß es sich bei diesem Problem genau genommen um einen Annex der Untersuchungen zum Verhältnis zwischen dem Geschäftswillen einerseits und dem dispositiven Recht und der Verkehrsübung andererseits handelt.¹²⁾ Dabei geht es, das zeigt bereits die Gegenüberstellung der Begriffe "Geschäftswillen" - "dispositives Recht" / "Verkehrsübung" nicht so sehr um eine Qualifizierung des Geschäftswillens als solchen. Vielmehr ist das Gebiet zu umgrenzen, innerhalb dessen es auf ein derartiges Element nicht mehr ankommt.^{13) 13a)}

Die älteren Lehren sind zum größten Teil von der Vorstellung beeinflußt, der das Rechtsgeschäft regierende Wille umfasse alle Folgen der Erklärung (mindestens auf eine sehr allgemeine und unbestimmte Weise).¹⁴⁾ Seither ist - auch in der Gruppe der Autoren, welche dem subjektiven Parteiwillen eine besondere Bedeutung beimessen - eine stetige Rücknahme der Positionen zu ver-

-
- 12) Dazu ausführlich: Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, pass.; auch Danz, Laienverstand und Rechtsprechung, Iher Jahrb. 38, 373, 391 u. pass.; ders., Auslegung, pass.; v. Holleuffer, Irrtum über Rechtsfragen, 21 u. pass.
- 13) Hierzu besonders deutlich: Danz, Iher Jahrb. 38, 391; ders., Isay-Rezension, KritVJSchr 42, 25 ff; ders., Willenserklärung, SeuffBl 72, 317 ff, 323 ff; ders., Die neue realistische Auslegung, JW 1912, 2, 5
- 13a) Aus der Rechtsprechung: RGZ 64, 165. Der zugrunde liegende Tatbestand ist mitgeteilt in dem Erkenntnis RGZ 59, 295
- 14) vgl. Dernburg, Pandekten, I § 91, 2; Windscheid, Pandekten, I § 69

zeichnen.¹⁵⁾ Nähere Ausführungen hierzu er-
übrigen sich.

3. Schließlich ist auf die zuletzt genannte Frage einzugehen: Bis auf welche Stufe der Verwirklichung des Erklärungstatbestandes muß der Wille reichen? Von der Beantwortung ist die weitere Frage nach der jeweiligen Charakterisierung dieses subjektiven Elementes abhängig.

a) Die Privatrechtswissenschaft hat diesem Problemkreis erst verhältnismäßig spät größere Aufmerksamkeit gewidmet. Nach der grundlegenden Studie¹⁶⁾ soll dem Willen des rechtsgeschäftlich Handelnden eine doppelte Funktion zukommen: Zunächst und unmittelbar beziehe es sich auf die (körperliche) Handlung (welche Träger der Erklärung sei), sodann, und mittelbar, auf den durch diese zu verursachenden Erfolg.¹⁷⁾ Dieser

-
- 15) s. etwa: Karlowa, Rechtsgeschäft, 161; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 152. Noch schwächer: Affolter, Lehre vom Verträge, Arch BürgR 8, 3; Planck-Flad, Allg. Teil, Anm. I 1 a vor § 104. In der neueren Literatur ist die Frage kaum erörtert. Dies rührt daher, daß nach dem Verschwinden der extremen Theorien - die Gegenposition zu den oben genannten hält z.B. Kohler, Wille im Privatrecht, IherJahrb. 28, 134 - eine allgemeine Formulierung leicht zu finden ist, welche so gut wie alle akzeptieren können, etwa: Der Wille des Subjekts richte sich auf die wesentlichen (zentralen, grundlegenden) Folgen des Rechtsgeschäfts. Der innere Zusammenhang mit der Lehre von den sogen. essentialia negotii ist unübersehbar.
- 16) Zitelmann, Die jur. Willenserklärung, Iher Jahrb. 16, 357; ders., Irrtum und Rechtsgeschäft. Folgerichtig unternimmt Z. zunächst eine Analyse des Erklärungsakts, getreu dem Geist der Zeit mit rein naturwissenschaftlich-psychologischer Methode.
- 17) Zitelmann, IherJahrb. 16, 363; ders., Irrtum und Rechtsgeschäft, 241. Anderer Ansicht: Binder, Wille und Willenserklärung, 67 (nur Setzung des Tatbestandes).

soll vor allem darin liegen, daß in dem Erklärungsgegner eine adäquate Vorstellung über den Inhalt des durch die Erklärung zum Ausdruck gebrachten Begehrens erweckt werde.¹⁸⁾ 18a) Beide Willenskategorien sind erforderlich. -

In ähnlicher Weise unterscheiden andere einen auf Setzung der Erklärungszeichen und einen auf Hervorbringung des rechtlichen Erfolges gerichteten Willen als wesentliche Voraussetzung des Rechtsgeschäfts (der Willenserklärung), ohne dabei allerdings, und darauf ist besonders hinzuweisen, hiermit zwei streng getrennte Willenselemente beschreiben zu wollen; es handelt sich im Grunde genommen um eine Kategorie.¹⁹⁾

Nach einer anderen Lehre²⁰⁾ soll es nur darauf ankommen, ob eine bestimmte Handlung gewollt sei, die an sich die Rechtsfolge herbeiführe.²¹⁾ Weiter ist von Rechts wegen lediglich ein auf

18) Über die kausale Verknüpfung der Kette Trieb-Motiv-Handlung-Erfolg vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 36 ff, 89 ff, 108 ff. Z. unterscheidet scharf zwischen dem Willen, der sich in der Handlung erschöpft, und der über diese hinausreichenden Absicht: Iher Jahrb. 16, 363, 364

18a) Diese ganz auf psychologischen Beobachtungen beruhenden Gedanken werden ins Extrem weitergeführt von Henle, Vorstellungs- und Willens-theorie. Fraglich ist indes, ob sich eine normative Wissenschaft ganz auf eine derart naturwissenschaftliche Methode verlassen dürfe. Kritisch bereits Schloßmann, Zitelmann-Rezension, GrünhutsZ 7, 544; vermittelnd etwa Titze, Mißverständnis, 5

19) s. Z.B. Windscheid, Wille und Willenserklärung, AcP 63,77 (der sonst keineswegs in allem mit Zitelmann übereinstimmt). Andere sehen den ganzen Vorgang recht naturalistisch, vgl. Affolter, ArchBürgR 8,4

20) grundlegend: Kohler, Mentalreservation und Simulation, Iher Jahrb. 16, 325 ff

21) Kohler, Iher Jahrb. 16, 331 f

einen Geisteseffekt bei einem Gegner gerichtete Wille beachtlich.²²⁾ ²³⁾ Ein auf die (Rechts-) Folgen gerichteter Wille existiert für das Recht nicht.²⁴⁾

- b) In der späteren Zeit setzte sich eine andere Meinung durch, welche in der Wissenschaft bis heute dominiert. Nach dieser Lehre lassen sich beim Vollzug der Willenserklärung drei Phasen unterscheiden, denen jeweils ein Willenselement entspricht: Der Erklärende hat zunächst den Willen, die (Erklärungs-) Handlung vorzunehmen (sogen. Handlungswille); sodann will er, daß diesem Verhalten Erklärungsqualität zukomme (sogen. Erklärungswille, bei vielen abgeschwächt zum Erklärungsbewußtsein); schließlich richtet sich der sogen. Geschäftswille auf die durch die Willenserklärung (das Rechtsgeschäft) herbeizuführenden rechtlichen Folgen.²⁵⁾ - Wo die Wil-

-
- 22) Kohler, Iher Jahrb. 16, 333; ders., Wille im Privatrecht, Iher Jahrb. 28, 200, sogen. "Grundwille". K. stellt auf den "abstrakten" Kommunikationserfolg ab: der Gegner soll erkennen, daß die Erklärung als Rechtsakt gewollt sei. Dies darf nicht mit der Ansicht Zitelmanns vermengt werden.
- 23) s.a. Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, 24. - Den Versuch, zwischen der Zitelmann-Windscheid'schen Richtung und der Lehre Kohlers zu vermitteln, unternimmt Jacobi, Theorie der Willenserklärung, der "Geisteseffekt" sei "natürlich" die Voraussetzung, daß der Erklärende einen gewissen Rechtserfolg wolle. - Kohler spricht dies gerade nicht aus; desgleichen streitet Isay an, daß dem Begehren einer Rechtsfolge irgendeine Bedeutung zukomme.
- 24) Vielmehr brechen die Rechtsfolgen sozusagen den Menschen herein. Es kommt nicht auf sein Wollen an, nur auf die vollzogene Tat. Irgeine subjektive Beziehung zu den Rechtsfolgen gibt es von Rechts wegen nicht. "Die Tat bildet den Mann."
- 25) So ganz deutlich Lehmann-Hübner, § 24 IV 1. Auf L. geht diese Betrachtungsweise zurück.

lenserklärung mehr unter dem Gesichtspunkt einer Beziehung zu einem Gegner gesehen wird, tritt neben (und zum Teil in) die Position des Erklärungswillens oder -bewußtseins ein sogen. "Kundgebungswille"²⁶⁾ (ebenfalls mit entsprechenden Abschwächungen).

- c) All diese Gliederungsversuche sollen zur Beantwortung der Frage verhelfen, wie der zur Abgabe einer gültigen Willenserklärung²⁷⁾ erforderliche Wille des Handelnden beschaffen sein müsse. Man versucht, die Phasen des rechtsgeschäftlichen Vorgangs, welche ihrer Art nach durch den Privatwillen gesteuert und von diesem abhängig sind, zu bestimmen; in diesem Bereiche muß ein echter Wille vorliegen. Bei der Darstellung der Streitpunkte wird im folgenden von der gebräuchlichen Dreiteilung ausgegangen,²⁸⁾ ohne daß jedoch dadurch zu dieser endgültig Stellung genommen werden soll.

- (1) Im Punkte der bloßen Handlung besteht Einigkeit. Allgemein wird hier gefordert, daß das Verhalten als solches (d. i. die körperliche

26) vgl. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 186 u. pass.; sowie dessen Anhänger. Später unterscheidet M. selbst nicht mehr so scharf zwischen Kundgebungsabsicht und Erklärungswillen, vgl. Das rechtswirksame Verhalten 132. S. dazu auch Fabricius, Stillschweigen, JuS 1966, 7

27) Gesetzliche Verbote etc. bleiben hier ebenso außer Ansatz wie die handelsrechtlichen Sonderprobleme

28) vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A; ausführlich zum Ganzen neuerdings Bartholomeyczik, Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung, Festschrift für Ficker, 51 ff

Bewegung) gewollt sei. Fehlt es daran, so liegt eine bewußte Handlung und damit eine Willenserklärung nicht vor.²⁹⁾

- (2) Dieses Bild der Einheit fehlt bei der Beurteilung der weiteren "Stufe" - Vornahme einer Erklärung - völlig.

Die Frage, ob diese Position im Komplex der Willenserklärung von irgendeinem besonders zu definierenden Willen³⁰⁾ erfaßt werden müsse, wird noch immer diskutiert.³¹⁾ Die Methode der Problemerkörterung wird hierbei oft von den Lösungsvorstellungen bestimmt. - Besondere Beachtung fand das Phänomen "Erklärungswille/Erklärungsbewußtsein" erst im Verlaufe des Rückgangs der extremen Willenstheorie und nach der Verwerfung des sogen. Nichtigkeitsdogmas im II. Entwurf des BGB. Seitdem wird gegenüber der auch heute noch herrschenden Ansicht - welche bei Fehlen wenigstens des Bewußtseins, daß eine Erklärung vorgenommen werde, Nichtigkeit der Willenserklärung annimmt³²⁾

29) s. statt aller Oertmann, Allg. Teil, Vorbem. 9 d/3 vor § 104 (S. 331); Staudinger-Coing, Vorbem. zu §§ 116 ff, Rdn 1

30) Man mißverstehe die Ausdrucksweise nicht: Mit ihr soll nur ein problematischer Aspekt der Willensseite bezeichnet werden; keineswegs ist damit gesagt, daß man den rechtsgeschäftlichen Willen chirurgisch sauber in mehrere "Einzelwillen" zerlegen könne.

31) Näheres zur Ausführung der Frage s. bei Lehmann-Hübner, § 24 IV; ausführlich Schuster, Erklärungsbewußtsein, pass.; neuerdings Gudian, Fehlen des Erklärungsbewußtseins, AcP 169, 232

32) vgl. etwa Lehmann-Hübner, aaO; Fabricius, JuS 1966, 1, 7, 10; undeutlich Enneccerus-Nipperdey, § 167 II 2; jeweils mit weiteren Nachweisen

- immer wieder geltend gemacht, dem Erklärungsbe-
wußtsein könne keine selbständige Bedeutung zu-
kommen.³³⁾ Daß das ganze Problem lediglich theo-
retische Bedeutung habe,³⁴⁾ kann nicht zugegeben
werden. Dies erhellt bereits aus dem im gleichen
Zusammenhang von anderer Seite^{34a)} vorgebrachten
Einwand, es gehe in Wirklichkeit um die Gewäh-
rung oder Verweigerung eines Schadensersatzan-
spruchs (nach § 122 BGB); das sind offensichtlich
sehr praktische Dinge. Daran änderte nichts, daß
die Praxis mit derlei Fragen nie befaßt worden
sein soll.³⁵⁾ Denn, auch wenn dies so wäre, so
folgte daraus doch nur, daß die Beteiligten über
die Lösung des Problems einig waren, oder daß
die Gerichte solche Fälle unter anderen Gesichts-
punkten behandeln.³⁶⁾ - Die Rechtsprechung der
oberen Gerichte ist einer Entscheidung über die
Funktion eines Erklärungsbewußtseins bislang
aus dem Wege gegangen.³⁷⁾

Neben der Frage nach den Folgen eines Mangels
des Willens in der Position des Erklärungsbewußt-
seins ergebensich noch eine Reihe weiterer, die
von der Beantwortung der ersten abhängig sind.
Diese betreffen die Manifestation dieses Willens-
moments sowie die Möglichkeit, dieses durch be-
stimmte Verhaltensformen zu präjudizieren.

-
- 33) so schon Schloßmann, Willenserklärung und
Rechtsgeschäft, Festgabe für Hänel, 1, 5, u.
pass.; auch Bartholomeyczik, Festschrift für
Ficker, 51 ff, 64 ff. Beide stützen sich u.
a. auf der Psychologie entlehnte Argumente.
- 34) Bydlinski, Privatautonomie, 159 ff
- 34a) Flume, Rechtsgeschäft, 131
- 35) wie Flume, Rechtsgeschäft und Privatautono-
mie, J-T. Festschrift I, 175, behauptet
- 36) vgl. z.B. das eingangs angeführte Beispiel RGZ
14, 22 (Einl., Anm. 2)
- 37) zuletzt BGH NJW 1968, 2102. Die Untergerich-
te scheinen der herrschenden Ansicht zu fol-
gen

(3) Uneinigkeit herrscht auch wegen des auf den rechtlichen Erfolg gerichteten Willens (Geschäftswille).³⁸⁾ Auch hier stehen die Ansichten einander schroff gegenüber. Während die einen, teilweise offenbar unter dem Einfluß der alten Erklärungstheorie, einem auf die Rechtsfolgen gerichteten Willen jegliche Bedeutung absprechen,³⁹⁾ halten die anderen daran fest, daß ein solcher Wille notwendiges Moment im Tatbestand einer jeden Willenserklärung sei.⁴⁰⁾ Die wohl überwiegende Ansicht hält es mit dem Kompromiß, der Geschäftswille gehöre zwar zur Willenserklärung, etwaige Mängel seien jedoch durch § 119 BGB i.V.m. § 133 BGB besonders geregelt.⁴¹⁾ Man streitet daher eigentlich nur um die Ausdrucksweise.

-
- 38) Der von vielen postulierte "Geltungswille" in Wahrheit auch hier einzuordnen, vgl. au Flume, Rechtsgeschäft, 58. Zu diesem s.a. Larenz, Auslegung, 39 ff u.pass.
- 39) vgl. nur Binder, Wille und Willenserklärung 67; Danz, SeuffBl 72, 317 ff; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I, 145 u.ff; noch Soerg Hefermehl, Rdn. 4 vor § 116 in der 9. Aufl. wohl auch Himmelschein, Beiträge, 69
- 40) v. a. Manigk, zuletzt: Das rechtswirksame halten, 124 u.pass.; Titze, HdWBdR IV, 656 v. Tuhr, II 1, 400 f. Mit starker soziologischer Komponente: Brose, Grundsätzliches z Willenserklärung, AcP 130, 196 ff; Gysin, Theorie des Rechtsgeschäfts, ZBJNJV 65, 97 u.pass.
- 41) v.a. Lehmann-Hübner, § 24 IV; ähnlich Bart lomeyczik, Festschrift für Ficker, 62. Ein sprechen geradezu von einem "Mindesttatbestand der Willenserklärung", vgl. Hildebrandt, Erklärungshaftung, 195; hierzu kritisch Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 96, 105 f, 1. Zu beachten ist, daß geläufig zwei Varianten unterschieden werden: Mangel am Geschäftswillen und völliges Fehlen eines Geschäftswillens. vgl. Lehmann-Hübner, § 24 IV 1 b, § 34; auch Schuster, Erklärungsbewußtsein, 25, der allerdings nicht deutlich macht, wo er den zweiten Fall einordnen möchte. - Es steht keineswegs fest, daß beide Fälle rechtlich gleich zu behandeln seien. Vgl. auch § 98 S. 2 des ersten Entwurfs des BGB, wo der erste Fall deutlich formuliert und abgegrenzt ist.

4. Eine kurze schematische Darstellung der oben festgestellten Anordnung der Problemfelder ergibt folgendes Bild:

In einer ersten Hauptgruppe, die "Erklärungs-Handlung" überschrieben sei, finden sich als mögliche Willenspositionen ein Handlungswille, ein Erklärungswille (-bewußtsein). Näher zur zweiten Gruppe liegt der Kundgebungswille (-bewußtsein); auf der Grenze befinden sich die Komplexe "Wollen der Vorstellung"/"Wollen des Geisteseffekts".

In einer zweiten Hauptgruppe, die man "Erklärungs- (Rechts-)folge" nennen mag, wären sodann einzuordnen: ein Rechtsfolgenwille (-bewußtsein), ein auf wirtschaftliche Folgen gerichteter Wille, der Wille (das Bewußtsein), rechtlich an etwas gebunden zu sein.

Bei der anschließenden Untersuchung wird darauf zu achten sein, daß die Kreise reinlich getrennt bleiben, damit vermieden werde, daß Lösungsgedanken aus ganz anderen Komplexen auf unsere Fragen übertragen werden.

B. Erklärungsbewußtsein / Erklärungswille in
der Willenserklärung nach dem BGB¹⁾

I.

Im Hinblick auf ein Erklärungsbewußtsein erheben sich verschiedene Fragen: Ist eine derartige Position im Tatbestande der Willenserklärung als besonders subjektives Moment enthalten?^{1a)} Wenn ja - weshalb?²⁾ Welche Rechtsfolgen hat ein festzustellender Mangel?³⁾ - Grundsätzlich sind die zwei letztgenannten Probleme nur als Abwandlungen des ersten anzusehen. Dessen Lösung ist auf den unterschiedlichsten Wegen versucht worden. Hierzu einige Bemerkungen vorweg.

1) Bemerkenswert ist, daß die ganze Problematik von vielen (oft unbewußt) unter dem Blickwinkel der "stillschweigenden Willenserklärung", "stillen Vertragsannahme" u. ä. erörtert wird. Hiermit werden oft ganz andere Lösungsgedanken verdeckt, vgl. bereits Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, 173 ff, 286 ff u. pass. An solchen Stellen scheinen sich Reste des Einflusses des Stempelgesetzes (v. 3. Juli 1913) auf die privatrechtlichen Verkehrsformen unnötig lange erhalten zu haben. Vgl. auch Manigk, Irrtum und Auslegung, 27; Nußbaum, Allgemeine Lehren, ArchBürgR 42, 136, 185; auch RGZ 124, 336. Für die meisten Fälle der Willenserklärung dürfte die Bemerkung zutreffen, daß sich regelmäßig niemand der Entstehung des Bedeutungsbewußtseins erwehren könne, vgl. Ellinghaus, Willentheorie, 126

1a) dies stets im oben S. 36, Anm. 30, dargelegten Sinne verstanden.

2) für den zentralen Punkt hält dies Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, J-T.Festschrift I, 175

3) umgekehrt wird z.T. vom Fehlen spezifischer Rechtsfolgen in diesem Falle auf die Bedeutungslosigkeit des Erklärungsbewußtseins geschlossen: Bartholomeyczik, Festschrift für Ficker, 51 ff

1. a) Für die Anhänger der Willenstheorie, die sich mit dem auf die Erklärung bezogenen Willen befaßten, mußte die Antwort schnell gefunden sein. War schon eine auf die Rechtsfolgen zielende Absicht Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung, so mußte ein Mangel am Willen hinsichtlich des Erklärungsaktes erst recht schädlich sein. Besondere Aufmerksamkeit hat dies - wegen der Vorherrschaft des Nichtigkeitsdogmas - nicht gefunden.⁴⁾

b) Vom Standpunkt der Erklärungstheorie aus hätte hingegen die Maßgeblichkeit eines Erklärungsbewußtseins⁵⁾ besonders nachhaltig betont werden müssen.⁶⁾ Das ist so gut wie überhaupt nicht geschehen, obwohl in diesem Lager schon früh eine deutliche Unterscheidung zwischen Rechtserfolgs- und Erklärungswillen gefordert worden ist.⁷⁾ Einige ver-

4) Binder, Wille und Willenserklärung, 42, hält das Erfordernis eines Erklärungsbewußtseins für die Willenstheorie für geradezu sinnlos.

5) Erklärungsbewußtsein sei im folgenden als Arbeitsbegriff allein verwandt. Die Modalität "Erklärungswillen" verlangt, im Rahmen vorliegender Untersuchung, keine andere Behandlung.

6) vgl. Ellinghaus, aaO, 53; nicht ganz zutreffend daher Larenz, Vertrag und Unrecht, I 40

7) vgl. Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Festgabe für Hänel, 39. (Ansätze hierzu - jedoch von der Polemik gegen den Vertragsbegriff verschüttet - finden sich bereits in Schloßmann, Vertrag, 134, 135.) Schloßmann betont, daß mit einer nur begrifflichen Klassifizierung keine Lösung gewonnen werden kann, aaO, 75. Damit wird er indes der Gegenmeinung nicht gerecht. Die Karikatur einer Begriffsbildung, wie er sie der von ihm bekämpften Lehre unterstellt, deckt sich mit dem im späten 19. Jahrhundert zu beobachtenden Bild durchaus nicht.

langen immerhin, daß der Erklärungsakt vom Willen getragen sein müsse.⁸⁾ Die meisten dieser Autoren nehmen beim Fehlen dieses Willens ohne weiteres einen Fall des § 119 Abs. 1 BGB an.^{8a)}

- c) Immer wieder aber läßt sich die Meinung vernehmen, daß einer Lösung allein auf dem Boden beider Theorien nicht näherzukommen ist.⁹⁾ Dem ist zuzustimmen. Der Satz wird evident durch die Behauptungen der Anhänger beider Lehren, "eigentlich" müsse das Erklärungsbewußtsein für die Vertreter der jeweils anderen Schule zentrale Bedeutung haben.

2. Andere wollen eine Antwort aus der Erforschung des "Wesens"¹⁰⁾ der Willenserklärung (des Rechts

-
- 8) Hölder, Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, Iher Jahrb. 55, 413 ff; ders., Willenstheorie und Erklärungstheorie, Iher Jahrb. 58, 101 ff (ganz verwirrend, H. vertauscht die "Form" der Erklärung mit dem "Erklärungstatbestand"); Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen Irrtums, Iher Jahrb. 56, 329 ff, 367; F. Leonhard, Auslegung, AcP 120, 14 ff, 68; R. Leonhard, Irrtum, I, 276; Schneider, Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärungen, ArchBürgR 42, 273 ff, 286, 291; Wedemeyer, Abschluß des obligatorischen Vertrages, 45
- 8a) Hölder, Jacobsohn, Schneider, Wedemeyer. Vgl. a. bei Wedemeyer ist das ganz einfach: der Wille, eine Erklärung abzugeben, und der Wille, eine Erklärung bestimmten Inhalts abzugeben sind ohne weiteres ein und dasselbe.
- 9) vgl. Burgsmüller, Bedeutung des § 151 BGB,
- 10) Zur Bedeutung dieses Verfahrens für die juristische Argumentation s. Scheuerle, Das Wesen des Wesens, AcP 163, 429. Die Rechtsgeschäftslehre hat bei der Beschreibung des "Wesens" der Willenserklärung fast sämtliche einschlägigen echten Lösungsprinzipien erörtert.

geschäfts)" herleiten. Dabei bleibt gleichgültig, ob "die" Willenserklärung lediglich eine Abstraktion von Aktstypen¹¹⁾ sei oder nicht. Denn auch dann gehören die hier interessierenden Tatbestandsmerkmale zum Kern, der allen Einzeltypen gemeinsam ist.

- a) Für einige ist ein dem Rechtsgeschäft innewohnender "Verständigungszweck" Ausgangspunkt.¹²⁾ Nach diesen soll in dem (durch Willenserklärungen herbeigeführten) Rechtsgeschäft das Gelingen der Kommunikation wesentlich sein.

11) dies meint v.a. Flume, J-T.Festschrift, I, 150; ders., Rechtsgeschäft und rechtlich relevantes Verhalten, AcP 161, 58; so bereits Schloßmann, Vertrag, 10 u. pass.; ders., Festgabe für Hänel, 65; Binder, Wille und Willenserklärung, 68. Schloßmann und Binder verstehen dies als Tadel an der herrschenden Rechtsgeschäftslehre. Ablehnend z.B. Larenz, Allg. Teil, 316. - Es ist übrigens zu erwägen, ob nicht gerade die Autoren, welche die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung für eine bloße Abstraktion aus einer Serie von ganz verschiedenen konkreten Geschäften halten, noch im Banne eines ganz bestimmten rechtshistorischen Entwicklungsstadiums (nämlich der Klagbarkeit einiger konkreter Geschäfte) stehen.

12) Zuerst ten Hompel, Verständigungszweck im Recht, 17 u. pass. (wo allerdings nicht deutlich wird, ob der angeblich zugrunde liegende "Verständigungswille" nicht in Wahrheit doch lediglich zum Geschäfts-/Wirkungswillen gehört. Der Gedanke der Verständigung wird - aus anderer Sicht - wieder aufgegriffen von Bailas, Das Problem der Vertragsschließung, 17, 67, 69 (wo die Beziehung zur Geschäftswirkung noch stärker hervortritt); sowie Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Cell Festschrift, 278; ders., Methode der Auslegung, JZ 1967, 387

- b) Andere sind der Ansicht, daß das Problem des Erklärungsbewußtseins richtig zu lösen sei, wenn man als das Wesen der Willenserklärung die in dieser ausgesprochene Geltungsanordnung sehe.¹³⁾
- c) Einen anderen Weg könnte der Gedanke der Wahlfreiheit weisen. Den Ausgangspunkt bietet die Erwägung, daß - außerhalb des Regelungsgebietes der formgebundenen Geschäfte - völlige Freiheit darin herrscht, wie man einen Erklärungsakt verwirklicht.¹⁴⁾ Wenn "jedes Mittel recht" ist, so ist auch fast jedes Mittel aussageindifferent, d. h. es stellt zwar für die Außenwelt einen Anhalt für die Willensaktion dar, muß aber nicht notwendig auf eine solche zurückgehen. Zur Qualifikation einer Handlung als Willenserklärung könnte daher ein subjektives Element in Gestalt des Erklärungsbewußtseins herangezogen werden. - Betont man hierbei den Gedanken stärker, daß die autonome Person sich in gewollten Akten verwirklicht (Privatautonomie im weiteren Sinne), dann aber auch für dieses ihr gewolltes Handeln einzustehen hat,¹⁵⁾ so tritt allerdings als konkurrierendes Moment das Prinzip der Verantwortlichkeit hinzu.¹⁶⁾

13) etwa Larenz, Auslegung, 34 ff, 84 ff, im Anschluß an Bülow, Geständnisrecht, 105 ff; zur "Geltungserklärung" vgl. auch neuerdings Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 250 ff

14) vgl. Küchenhoff, Nicht-Willenserklärung und anfechtbare Willenserklärung, LZ 1931, 303, 305; Stoll, Vertrag und Unrecht, 51

15) vgl. etwa Flume, J-T-Festschrift, I, 159; ders., Rechtsgeschäft, 61; Schmidt-Salzer, Die sogenannte Unterwerfung unter AGB, BB 1967, 129, 131

16) wobei zu klären bliebe, ob solche Denkansätze nicht auf das Schadensersatzrecht beschränkt sein sollten, s. dazu schon Zitelmann, Die jur. Willenserklärung, Iher Jahrb. 16, 417

3. Sodann ist der Untersuchungen zu gedenken, welche eine systematische Lösung aus der Gesamtheit der auf Willenserklärung und Rechtsgeschäft bezogenen Normen (des Allgemeinen Teils) ableiten.¹⁷⁾

Dieses Verfahren weist gewisse Berührungspunkte mit den oben unter 2. erwähnten Gedanken auf. Die Unterschiede im Ansatz sind gleichwohl erheblich: Hier geht es um vom Gesetz vorgeschriebene Begriffe, dort um solche, welche a priori feststehen und die das Gesetz nur zu akzeptieren und zu verwerten hat.

4. Man könnte schließlich versuchen, die Frage nach der Bedeutung des Erklärungsbewußtseins dadurch zu lösen, daß man die Interessenlage der Beteiligten untersucht und danach entscheidet. Vorher muß allerdings Gewißheit darüber bestehen, daß die Regelung des Gesetzes nicht bereits eine verbindliche Interessenwertung enthält.

17) sogen. "legaler Tatbestand der Willenserklärung". So v.a. Manigk (Willenserklärung und Willensgeschäft, pass., Irrtum und Auslegung, pass.) und seine Anhänger. S. weiter etwa Fabricius, Stillschweigen, JuS 1966, 6; Hellmann, Manigk-Rezensiön, KritVJSchr 48, 221; Schuster, Erklärungsbewußtsein, 6. Auch andere untersuchen die gesetzliche Regelung, ohne daß sie allerdings so weit gehen wie Manigk: Gruenbaum, Beiträge, GruchotsBeitr 73, 197, 201; Grünwald, Versteckter Dissens, 13

II.

Folgt die Erheblichkeit (und Erforderlichkeit) eines selbständigen Erklärungsbewußtseins aus - gleichwie gearteten - Erkenntnissen vom Wesen der Willenserklärung?¹⁸⁾ Es ist zu untersuchen, welchen Beitrag hierauf gerichtete Untersuchungen für unser Problem zu leisten vermögen: Dabei ist zunächst auf einige allgemeine Wesensaspekte einzugehen.

1. An erster Stelle ist der Gedanke zu nennen, daß die Willenserklärung einen bestimmten Rechtserfolg bewirken solle.¹⁹⁾ Es liegt auf der Hand, daß dieser Überlegung in erster Linie die Frage korrespondiert, wie vom Recht der Inhalt der Willenserklärung in die Rechtsfolge umgesetzt werde; es geht somit um das Verhältnis von Erklärung, Rechtsordnung und Erfolg. Soweit damit die Vorstellung verbunden ist, daß es sich bei der Willenserklärung um eine unmittelbar wirkende Anordnung ("Geltungserklärung", "Sollenserklärung") handle, ist dies später besonders zu erörtern.^{19a)}

18) Hier wird stets ein apriorisch verstandener Begriff der Willenserklärung zugrunde gelegt, nicht ein rein legaler. Daher bleiben zunächst alle die Autoren unberücksichtigt, die allein von letzterem ausgehen. Eine Bezugnahme auf die Normen des Gesetzes wird hierdurch selbstverständlich nicht ausgeschlossen.

19) Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 1 und die dort Genannten; Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 376; allg. Ansicht. Trotz anderer Blickrichtung im Prinzip entsprechend: Binder, Wille und Willenserklärung, 77

19a) unten S. 51 ff

Dann bleibt als Untersuchungsgegenstand der den Rechtserfolg umfassende Wille des Subjekts. Hier besteht Einigkeit, daß nicht gerade der erstrebte (und in der Verlautbarung bezeichnete) Erfolg unmittelbar herbeigeführt werden müsse; vielmehr soll es (zur inhaltlichen Entsprechung) ausreichen, wenn der aktuelle Erfolg auf den erstrebten hinführe. Ebenso ändert an der Richtung auf bestimmte Rechtsfolgen nichts, daß die Erklärung tatsächlich einen anderen als den gewollten Erfolg herbeiführt. Dies liegt auf dem Felde der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Willens.

Aus vorstehendem folgt, daß ein in diesem Zusammenhang zu untersuchender Wille nur die inhaltliche Beziehung zum Rechtserfolg umfaßt; dies ist der "Geschäftswille" des üblichen Sprachgebrauchs.²⁰⁾ Allein aus diesem Aspekt ist aber die Frage nach der Bedeutung eines Erklärungs- bewußtseins nicht zu beantworten.²¹⁾

2. Andere sehen als Wesensmerkmal der Willenserklärung einen dieser innewohnenden Kundgebungszweck an.²²⁾ Die Willenserklärung als ein Mittel des rechtlichen Verkehrs ist hiernach in

20) vgl. etwa Staudinger-Coing, Vorbem. vor §§ 116 ff, Rdn. 1

21) Wegen deutlicher funktionaler Trennung vgl. auch Lüderitz, Auslegung, 314 ff. - Auch Bartholomeyczik, Festschrift für Ficker, 62, 64 ff, zieht immerhin beide Elemente durch die Klammer des Rechtsbindungswillens zusammen; vgl. dazu unten S. 82ff

22) M. Breit, Die Willenserklärung als Äußerungs- und Leistungsgegenstand, GruchotsBeitr 55, 3; Hellmann, KritVJSchr 48, 226 (nach Vorgang von H., Iher Jahrb. 42, 418), welcher sich jedoch stark auf § 130 BGB stützt; Lonsky, Abgabe empfangsbedürftiger Willenserklärungen in Testamenten, 8; Stoll, Vertrag und Unrecht, 48 ff; wohl auch Brose, Grundsätzliches, AcP 130, 190.

erster Linie Kundgabe (des Willens) und bedarf so eines Adressaten.^{22a)} Die letzte Erwägung steht einer fruchtbringenden Verwertung dieses Gedankens hier im Wege. Denn der Adressat einer Erklärung, also derjenige, dem der Wille kundgemacht werden soll, kann doch nur eine bestimmte (bestimmbare) Person sein, auf welche die Erklärung inhaltlich bezogen ist. Konsequentermaßen muß man dann aber die Komponente des Kundgebungs zwecks von dem Bewußtsein, eine Erklärung vorzunehmen, trennen.²³⁾ Das bedeutet weiter, daß die Betrachtung des ersteren die Untersuchung des zweiten nicht fördert.

3. Einen weiteren Ansatzpunkt liefert die These, daß dem Rechtsgeschäft der Charakter einer Verständigung über eine statthabende Regelung zukomme.²⁴⁾ Hieraus wird abgeleitet, daß (Geschäfts-) Wirkungswille und Erklärungswille als gemeinsames Merkmal einen "Verständigungswillen" aufweisen. Der bedingungslos erklärte (sic!) Verständigungswille soll das Mindestmaß des geschäftlichen Tatbestandes darstellen.²⁵⁾ Unklar bleibt bereits, welche Art von Gemeinsamkeit durch dieses Phänomen des Verständigungs-

22a) So auch Manigk und seine Anhänger ("legaler Begriff"). Es wird meist nicht klar, welches der beiden Momente als das primäre, welches als das sekundäre anzusehen sei.

23) vgl. Schloßmann, Festgabe für Hänel, 75. Die übrigen - durchgreifenden - Einwände gegen die Lehre vom Kundgebungs zweck können daher hier auf sich beruhen; vgl. zu diesen Soergel-Hefermehl, Rdn. 14, 15 vor § 116

24) ten Hompel, Der Verständigungszweck im Recht, 17 u. pass.

25) ten Hompel, aaO, 117

willens vermittelt werden soll. Ist dieser von den beiden anderen Elementen zu trennen, was die ausdrückliche Einstufung des Wirkungswillens als *causa secunda* der Rechtswirkung nahelegt,²⁶⁾ so bliebe das Verhältnis zu diesen zu definieren. Ein Ansatz hierzu findet sich in der Unterscheidung der termini "erklärter Verständigungswille" und "gewollte Verständigungs-erklärung".²⁷⁾ Wenn eine solche Differenzierung einen Sinn haben soll, dann muß der im zweiten Begriff zugrunde liegende Wille ein anderer als der Verständigungswille sein. Von diesem führt daher keine Brücke zu dem Erklärungsbewußtsein.

Neuerdings hat der Aspekt der Verständigung wieder mehr Interesse gefunden, allerdings in einem anderen Zusammenhang als dem oben beschriebenen.²⁸⁾ Dabei fungiert "Verständigung" als ein Begriff, welcher innere, materielle Übereinstimmung beschreiben soll.²⁹⁾ Konsequent muß nach dieser Ansicht die Trennung von Irrtum und Dissens fallen.³⁰⁾ Damit ist die im 19. Jahrhundert mühsam erreichte Rechtsklarheit in dieser Frage wieder vertan.³¹⁾ Im übrigen kann diese Lehre ihre Folgerungen auch nicht konsequent durchhalten. Auch sie kommt an einer Objektivierung

26) ten Hompel, aaO, 118

27) ten Hompel, aaO, 52, u. oben Anm. 25

28) Bailas, Vertragsschließung, 17 u. pass.; Wieacker, Celle-Festschrift, 278, 279; ders., Auslegung, JZ 1967, 387; andeutungsweise auch bei Ellinghaus, Willenstheorie, 29, 133 ff

29) Bailas, aaO, 14 u. pass.

30) wie denn auch Bailas, aaO, 9, 25, die Regelung der §§ 119, 155 BGB ausdrücklich verwirft

31) kritisch auch Ellinghaus, Willenstheorie, 133 ff

und Veräußerlichung einer (Erklärungs-) Bedeutung nicht vorbei, wenn sie das Ergebnis vermeiden will, daß die Auslegung auch einen Diszensfall betrifft.³²⁾ und "eigentlich" nur mangelnde (innere) Übereinstimmung der Beteiligten feststellen kann.

Unter dem Aspekt dieser Theorie ist das Fehlen des Erklärungsbewußtseins als Fehlen der Verständigung über die rechtliche Bedeutung der Äußerung (als Willenserklärung) anzusehen.³³⁾ Damit wird aber das Element "Erklärungsbewußtsein" falsch eingeordnet. Der "Erklärende" verständigt sich nicht zuerst mit seinem Gegenüber über die Qualität seines Verhaltens. Dies würde auch in den - gerade umgangenen³⁴⁾ - Bereich formalobjektiver Kommunikation zurückführen. Auch die Frage, welcher Umstand es rechtfertigt, daß die für die Auslegung von als solchen gewerten Erklärungen erarbeiteten Maßstäbe auf Fälle der eben genannten Art angewandt werden, bleibt unbeantwortet. Eine Antwort ist auch aus dem Verständigungsgedanken, der ja auf eine innere "natürliche" Einigung³⁵⁾ abzielt, nicht zu gewinnen. Der topos "Verständigung" verhilft zu keiner Lösung des Problems der nicht bezweckten und nicht eingeleiteten Verständigung (scil.

32) Bailas, aaO, 29 f; auch "Verstehen" sei "Sprachgebrauch", und es komme auf den richtigen Sprachgebrauch an.

33) vgl. Bailas, aaO, 59 u. ff

34) s. Bailas, aaO, 14

35) vgl. Mayer-Maly, Vertrag und Einigung, Festschrift für Nipperdey, 1965, I, 509

über einen materiellen Inhalt).³⁶⁾

4. Eine andere Lehre versucht, das Element des "inneren Willens" ganz aus dem Komplex der Willenserklärung zu eliminieren.³⁷⁾ Nach dieser drückt die Willenserklärung lediglich die Anordnung aus, daß etwas gelten solle, aber keinerlei (innere) Willensbeziehung zu dem Inhalt dieser Anordnung.³⁸⁾ Die Frage indes, warum dann der bloße Akt der Anordnung den Handelnden

36) Die von Bailas, aaO, 22, 30 u. pass, verwandten Kriterien der Verantwortlichkeit (für den eigenen Sprachgebrauch) setzen auch ein Gegenüber voraus, dem man ab initio verantwortlich ist.

37) Ausgehend von der Theorie der Sollenserklärung; vgl. Bülow, Geständnisrecht, 105 ff, 126; Schneider, Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung, ArchBürgR 42, 287. - Flume, J-T-Festschrift I, 155 ff, macht darauf aufmerksam, daß jene Gedanken eine sehr viel ältere Tradition haben; vgl. auch Flume, Rechtsgeschäfte, 58

38) vgl. Bülow, aaO; Larenz, Auslegung, 34 ff, 58 ff, ders., Allg. Teil, 337; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, 250 ff; Rhode, Willenserklärung und Pflichtgedanke, 28 ff (der allerdings unverhüllt ideologisch geprägt ist). Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A, geht gerade den entscheidenden Schritt nicht mit: hier ist die Erklärung auch Mitteilung des Willens. Die Ablehnung dieser Lehre überwiegt; vgl. bereits Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, pass. (der im übrigen deutlich im Banne der Gedanken Bülows steht); Manigk, Irrtum und Auslegung, 51; ders., Das rechtswirksame Verhalten, 172; Schmidt-Rimppler, Grundfragen, AcP 147, 130, 148; aus neuerer Zeit: Ellinghaus, Willenstheorie, 46 u. ff; Flume, Rechtsgeschäft, 58 ff, 158; Lehmann-Hübner, § 24 IV 2; Lüderitz, Auslegung, 227; Wieacker, Auslegung, JZ 1967, 388

binde, wird nicht neu beantwortet. Mittelbar und in krassem Widerspruch zu der eben genannten Grundthese geschieht dies aber doch, indem man zur Begründung der Irrtumsanfechtung auf einen inneren (Wirkungs-) Willen rekurriert.³⁹⁾ Die Einheit der Willenserklärung im Begriffe der Geltungserklärung - welche eine Lösung für den Fall des fehlenden Erklärungsbewußtseins geben könnte⁴⁰⁾ ist damit in Wahrheit wieder preisgegeben.

Mit der Theorie von der Geltungserklärung ist eine Zurechnungslehre⁴¹⁾ eng verknüpft. Es ist nunmehr zu untersuchen, ob sich aus dieser ein Maßstab für die Beurteilung eines Mangels im Erklärungsbewußtsein ableiten läßt. - Die Zurechnung der Erklärungsbedeutung ist hier verbunden mit der Zurechnung des Sinnes als Erklärung.⁴²⁾ Dabei ist die "Erklärungsbedeutung" als die inhaltliche Fixierung des Sollens durchaus der primäre Faktor. Hieraus werden dann auch die Zurechnungskriterien für die Auslegung entwickelt, die der zentrale Punkt dieser Theorie ist. Hier soll ein rein objektiver Maßstab

39) vgl. Larenz, Auslegung, 83; ders., Vertrag und Unrecht, I, 47 ff

40) s. dazu Larenz, Auslegung, 67 ff, 82 ff; ganz anders aber Bülow, der die Notwendigkeit eines aktuellen auf die Hervorbringung der Erklärung gerichteten Wollens betont hatte, s. Geständnisrecht, 121, 126. Dann geht es in der Geltungstheorie also doch nur um den "Geschäftswillen".

41) vgl. Larenz, Auslegung, 35 ff, 70 ff

42) Larenz, aaO, 35 ff. Dieser Sinn sei Anordnung einer Geltung. Mit Unrecht wirft L. der von ihm bekämpften Lehre allerdings vor, sie sehe die Willenserklärung nur als Mitteilung eines Geschäftswillens; vgl. Manigk und Flume, l.c., oben S. 51, Anm. 38

gelten, der den Parteien sozusagen von Rechts wegen entgegengehalten wird.⁴³⁾ Die Auslegung ist dann auch fast ganz von einer Art von Verschulungsgedanken geprägt, ohne Bezug auf den das Geschäft gestaltenden Willen des Subjekts, welcher die Verbindung zum Partner schließlich steuert. Das wird besonders deutlich bei der durch Auslegung des Verhaltens gewonnenen Zurechnung dieses Akts als Willenserklärung. Hier gibt es plötzlich Willenserklärungen, an die keiner der Beteiligten gedacht hatte.⁴⁴⁾ Dieses Ergebnis setzt allerdings voraus, daß die Vor-

43) Ablehnend auch Schmidt-Rimpler, AcP 147, 170, der im übrigen auf die verschiedenen Funktionen der Auslegung hinweist (1. Ermittlung des Gewollten, 2. Ermittlung des Gesollten. Larenz sieht nur die zweite). - Kritisch gegenüber der Annahme allgemeiner Objektivität auch Wieacker, JZ 1967, 388 f. - Zu fragen bleibt weiter: Warum soll ein Wille nach objektiver Zurechnung gelten, wenn es nicht darauf ankommt, daß er überhaupt vorhanden ist? Das war bereits das Dilemma der Erklärungstheorie. Folgerichtig weist Flume darauf hin, daß diese Lehre von den Anhängern der Geltungstheorie nur mit anderer Ausdrucksweise fortgeführt, keineswegs aber überwunden werde, vgl. Rechtsgeschäft und rechtlich relevantes Verhalten, AcP 161, 52 ff

44) vgl. Larenz, Auslegung, 82. Dabei tritt indes weitgehend in den Hintergrund, daß die Feststellung, daß eine Willenserklärung (Anordnung) vorliege, logisch und praktisch weit über die Ermittlung des Inhalts der Anordnung hinausgeht. Indem man von vornherein nur bei diesem Inhalt ansetzt, verstellt man sich selbst den Weg zu einer befriedigenden Prüfung der Frage, wodurch es gerechtfertigt sei, die zunächst für den Inhalt erarbeiteten Auslegungskriterien auch für das Urteil über die Erklärungsqualität als maßgeblich zu erklären.

schriften der §§ 118 und 122 Abs. 2 BGB modifiziert werden und daß § 116 S. 2 BGB, da ganz im Wege stehend, ohne Einschränkung verworfen werde.⁴⁵⁾ -

Hält man aber im Auge, daß die Willenserklärung ein Mittel zur (autonomen) Gestaltung von Rechtslagen ist - was ja auch diese Lehre nicht abstreitet -, so ist der Weg von dem Felde der Zuordnung zu dem, wo der gestaltende Wille herrscht, nicht gewiesen. Haftung für Fehlverhalten⁴⁶⁾ und selbstgeschaffene Gestaltung, welche gegebenenfalls beide Teile bindet, sind nicht miteinander verbunden.⁴⁷⁾ Dies zeigt sich gerade in den Fällen, da eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung im Wege der Zurechnung herbeigeführt wird: Diese Zurechnung wirkt gegen den in Anspruch genommenen, nicht aber auch für ihn.⁴⁸⁾

45) s. Larenz, aaO, 85 ff. Diese Methode zeugt gegen sich selbst. Vgl. auch Wieacker, JZ 1967, 387 u. ff

46) Zutreffend leitet diese Hanau, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165, 220, 229 ff, aus der Einleitung rechtsgeschäftlichen Kontakts ab, welche eine Vertrauens Erwartung des anderen Teils bewirkt. Letztere ist Folge der Anknüpfung.

47) Dies betont Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, Festschrift für Nipperdey, 1965, I, 373, 378 ff; der von Manigk bemühte unechte Oberbegriff des "rechtswirksamen Verhaltens" vermag nicht als Klammer zu dienen, vgl. Flume AcP 161, 52

48) vgl. Hübner, aaO, 390

Auf das Prinzip der Zurechnung, auch in Verbindung mit der sogen. Geltungstheorie, kann demnach eine Antwort auf die Frage nach der Bedeutung eines Erklärungsbewußtseins nicht gestützt werden.

5. Die Forderung nach einem selbständigen Erklärungsbewußtsein ließe sich hingegen möglicherweise aus der Beobachtung ableiten, daß es keine geschlossene Gruppe spezifischer Erklärungshandlungen gibt. Es gibt zwar eine Reihe von typischen "Ausdrucksweisen" - z. B. Worte, auch in Urkunden niedergelegte; doch grundsätzlich steht dem Menschen das ganze Spektrum seiner Verhaltensmöglichkeiten zu Gebote, wenn er seinen Willen in rechtsmaßgeblicher Weise ins Werk setzen will.⁴⁹⁾ Es hängt dabei so gut wie ausschließlich von Zweckmäßigkeitserwägungen ab, in welcher Gestalt das Subjekt seinen rechtsgeschäftlichen Willen aktualisiert. Daraus folgt sogleich, daß vielen Handlungen der Charakter einer Willenserklärung nicht, wenn man so will, auf der Stirn geschrieben zu sein braucht. Dann aber stellt sich die Frage, wodurch diese Qualifikation bewirkt werde. Da die äußere Gestalt nicht als der generell ausschlaggebende Faktor angesehen werden kann, muß man auf ein im Handelnden

49) s. oben S. 44 u. Anm. 14 *ibid.*
vgl. dazu auch die Überlegungen von Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, pass., z. B. 62. Isay operiert im übrigen allerdings mit einem zu eng abgegrenzten Handlungsbegriff

liegendes, subjektives, Moment zurückgreifen. Daß der bloße Handlungswille ein taugliches Kriterium nicht abgibt, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Hingegen bietet sich der auf den Vollzug einer Erklärung gerichtete Wille als Maßstab an; dieser ist es auch, welcher die (innere) Beziehung des Handelnden zu dem Gegner herstellt. Gerade wo das Individuum sich auch seiner formellen Wahlfreiheit bewußt ist, läßt sich dieses subjektive Element zur Abgrenzung verwerten.⁵⁰⁾

Als mehr als ein Indiz darf man diese Überlegungen jedoch nicht ansehen; sie bedürfen noch anderweitiger Bestätigung. - Es ließe sich außerdem die Frage aufwerfen, ob nicht einer Freiheit in der Wahl auch die Verantwortung für die getroffene Wahl korrespondieren müsse. Das mag sein: indes setzt ein solches Einstehen doch voraus, daß eine - bestimmte positive - Wahl vorgenommen wurde. Im übrigen machen sich auch an dieser Stelle die bereits erörterten Bedenken gegen eine uneingeschränkte Heranziehung des Maßstabes der Verantwortlichkeit geltend.⁵¹⁾

50) vgl. Lüderitz, Auslegung, 315

51) Nebenbei sei daran erinnert, daß man dies auch unter dem Gesichtspunkt der Verbindlichkeit des positiven Rechts sehen könnte. Außerhalb des Vertragsrechts kennt das Schuldrecht keine allgemeine Verpflichtung zum Ersatz für zurechenbar verursachte Vermögensschäden; § 823 Abs. 1 BGB setzt ein auf ein bestimmtes geschütztes Rechtsgut bezogenes Fehlverhalten voraus, vgl. Palandt-Thomas, Anm. 1, 6 zu § 823. Der Sache nach wird daher bei einer durch Zurechnung als Willenserklärung ausgelösten Haftung die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB umgangen. Dies müßte berücksichtigt werden.

6. Es hat sich gezeigt, daß mit den referierten Methoden und Überlegungen allein das Problem des Erklärungsbewußtseins nicht endgültig gelöst werden kann. Es bleibt übrig, die positive Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches um Auskunft anzugehen. Gegenstand der Untersuchung hat dabei der Kreis von Normen zu sein, welcher Rechtsgeschäft und Willenserklärung unmittelbar betrifft.⁵²⁾ Ausgangspunkt ist dabei die Erwägung, daß das Gesetz einen Lösungsweg - so oder so - für das Problem zeigen müsse.^{52a)} - Das nun einzuhaltende Verfahren weist einen Vorzug auf, der bei den ausgeprägt begriffsorientierten Schriften fehlt: Da das Gesetz Rechtsfolgen anordnet, wird die Bedeutung des Erklärungsbewußtseins ganz konkret an Hand der legalen Wirkungen eines Mangels in diesem Punkte ermittelt.

Ehe die Diskussion der einzelnen Vorschriften des Allgemeinen Teils einsetzen kann,^{52b)} sind noch einige kleinere Hindernisse aus dem Wege zu räumen.

Man kann die Frage stellen, ob das Gesetz überhaupt einen "Begriff der Willenserklärung" schaffen oder ausgestalten könne. Ein a priori gege-

52) Die getroffene Auswahl spreche für sich selbst. Es erübrigt sich zu begründen, warum etwa die §§ 120, 121, 122, 124, 125 ff, 131, 132, 134 ff nicht erörtert werden.

52a) Damit soll die Frage nach einer Lücke nicht vorweg beantwortet sein.

52b) in deren Verlauf werden nicht zuletzt alle die Autoren zu Worte kommen, die aus dem Inbegriff der einschlägigen Rechtsnormen einen "legalen Begriff der Willenserklärung" gewinnen, also Manigk und seine Anhänger.

bener Begriff würde dies jedenfalls nicht ausschließen.⁵³⁾ Ein Einwand ließe sich jedoch möglicherweise aus dem allgemein anerkannten Grundsatz herleiten, daß es nicht Aufgabe eines Gesetzes sei, dogmatische Erkenntnisse in der Gestalt von Rechtssätzen auszusprechen und damit zu verewigen. Für diejenigen, welche in Rechtsinstituten wie "Willenserklärung", "Rechtsgeschäft" und "Vertrag" wertlose juristische Mytizismen sehen,⁵⁴⁾ hätte sich der Gesetzgeber des BGB mit der Mehrzahl der Vorschriften des Rechtsgeschäftsabschnittes auf verbotenes Gelände begeben; ein verbindlicher Begriff wäre dieser Normengruppe alsdann nicht zu entnehmen. - Es handelt sich hier im Grunde genommen um die Frage nach der Funktion eines Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches. Mit der ganz herrschenden Ansicht in der Literatur⁵⁵⁾ ist davon auszugehen, daß es keine durchgreifenden Einwände gegen eine so ausgestaltete Systematisierung des bürgerlichen Rechts durch das Gesetz gibt, daß vielmehr dieser eine große Bedeutung zukommt. - Es ist daher als zulässig anzusehen, wenn das Gesetz - durchaus auch unter Kenntlichmachung der dogmatischen Position

53) vgl. oben S. 10, 11 u. Anm. 11, 13 ibid.

54) v. a. Schloßmann, Der Vertrag, 7, 10, 165 u. pass.; ders., Festgabe für Hänel, 1 ff, 28 u. pass.

55) vgl. nur Zitelmann, Der Wert eines Allgemeinen Teils des BGB, GrünhutsZ 33, 1; neuerdings etwa Bartholomeyczik, Festschrift für Ficker, 51 ff.

Näheres Eingehen hierauf kann unterbleiben.

seiner Verfasser - positive Regelungen für regelungsbedürftige Sachverhalte in Form eines - mehr oder weniger - systematisch aufgebauten Komplexes von (Rechtsgeschäfts-) Normen gibt.⁵⁶⁾

Dies soll indes nicht zu der Annahme verleiten, das Gesetz habe sich auf die Ordnung der strittigen und unklaren Fälle zu beschränken, weil ja das "Vernünftige" ohnedies selbstverständlich sei. Konsequenter müßte man zumindest den gesamten Allgemeinen Teil als eine Summe von Ausnahmeregeln verstehen. Damit würden die Verhältnisse geradezu verkehrt;⁵⁷⁾ ein Blick auf Normen wie §§ 7, 21 ff, 186 ff BGB zeigt dies deutlich. - In enger Berührung mit dieser Frage steht die andere, ob alle einschlägigen Paragraphen des Allgemeinen Teils gleichmäßig verwertet werden dürfen, ob also dem Gesetz ein einheitlicher Begriff der Willenserklärung zugrunde liege.⁵⁸⁾ Der Sprachgebrauch legt den Schluß nahe, daß dies so sei; in den folgenden Erörterungen soll daher auch davon ausgegangen werden, solange sich nicht bei der Untersuchung der einzelnen Tatbestände Anhaltspunkte für eine gegenteilige Ansicht ergeben.

56) Die Verfasser und Redaktoren des BGB haben dies deutlich gesehen; vgl. die Ausführungen Mot. I, 154, 155. Die 2. Kommission war stärker auf die Praxis bezogen: s. dazu Prot. 144 (Mugdan I, 685), Prot. 234 f (Mugdan I, 718)

57) vgl. Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 469 f u. Anm. 18 ibid.

58) s. dazu Jacobi, Theorie, 51, 76; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 184

III.

Eine strenge Systematik liegt dem 2. Titel des III. Abschnitts nicht zugrunde. Es ist gleichwohl am zweckmäßigsten, sich an die vom Gesetz gewählte Reihenfolge der Tatbestände zu halten.

1. § 116 BGB⁵⁹⁾

- a) Daß die in § 116 S. 1 BGB getroffene Regelung sachlich gerecht und notwendig sei, wird von niemand bestritten. Sie kann vielmehr zu den für selbstverständlich angesehenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen gerechnet werden.⁶⁰⁾

Streit herrscht über die rechtsdogmatischen Grundlagen der Norm sowie über deren eigentlichen Regelungsausspruch, vor allem im Verhältnis zu den anderen die Willenserklärung unmittelbar betreffenden Vorschriften.

Satz 2 des § 116 BGB hingegen gehört seit jeher zu den am meisten umstrittenen Vorschriften des Allgemeinen Teils und hat die Kritiker

59) Zur Entstehungsgeschichte vgl. Mot. I, 191 ff, Prot 197, 198 (Mugdan I, 710). Allgemein: Oertmann, Allg. Teil, Anm. 1 zu § 116; Staudinger-Coing, Rdn. 1 zu § 116. Eingehend: Binder, Wille und Willenserklärung, 26 ff; Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 42 ff, 185 f, 475 ff u. pass.; Kohler, Mentalreservation und Simulation, Iher Jahrb. 16, 91 ff, 325 ff; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 165 ff; Wolff, Mentalreservation, Iher Jahrb. 81, 53; neuerdings Ellinghaus, Willenstheorie, 105 ff.

60) vgl. Prot. 198 (Mugdan I, 710); a. A. Jacobi, Theorie, 13

bis zur unverhohlenen Verneinung seiner Verbindlichkeit provoziert.⁶¹⁾ Dies mag hier auf sich beruhen.

) Bei § 116 S. 1 - und S. 2 - fehlt es jedenfalls an einem "Geschäftswillen", also dem Willen, die in der Erklärung bezeichneten Rechtsfolgen herbeizuführen. Von diesem Punkte aus erfolgten denn auch die schwersten Angriffe gegen das Absichts- und Willensdogma in dessen klassischer Ausformung.^{62) 62a)} Dies ist hier nicht weiter zu verfolgen. Die Frage ist aber, ob sich aus § 116 (und zwar im wesentlichen aus Satz 1) ein Anhalt dafür oder dagegen ergebe, daß der Willenserklärung im Rechtssinne ein subjektives Element in der Art eines Erklärungsbewußtseins eigentümlich sei.

61) etwa Larenz, Auslegung, 89. Kritisch hierzu Wieacker, JZ 1967, 390

62) vgl. Binder, aaO, 26; Gysin, Theorie des Rechtsgeschäfts, ZBemJV 65, 97, 108; Wolff, Iher Jahrb. 81, 53, 134 ff

62a) Deshalb zogen sich die Vertreter der Willens- theorie zur Rettung ihres Grundsatzes zunächst darauf zurück, die Mentalreservation sei als Lüge unsittlich und daher unbeachtlich: Enneccerus, Rechtsgeschäft, 95; Pernice, Kritische Beiträge, ZHR 25, 77, 91; Windscheid, Wille und Willenserklärung, AcP 63, 98; ähnlich Prot. 198 (Mugdan I, 710). - Auf die verschiedenen dogmatischen Begründungen für die Unbeachtlichkeit der Mentalreservation braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Am meisten Gewicht ist der Theorie von Binder, aaO, 28, beizumessen: Die M. sei als Verwahrung an die eigene Adresse unwirksam; ähnlich auch Bailas, Vertragsschließung, 67

Die Erörterung kann mit der Erwägung ansetzen, daß stets ein Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, logisch das Bewußtsein voraussetzt, eine Erklärung abzugeben, hinsichtlich deren Inhalt der Vorbehalt gemacht wird.⁶³⁾ Dies wird bereits durch den Wortlaut des Gesetzes bestätigt. Denn Satz 1 macht einen Unterschied zwischen der Willenserklärung (welche er betrifft) und dem Erklärten: Der geheime innere Vorbehalt des Nicht-Wollens bezieht sich auf das Erklärte. Das Wollen der Erklärung selbst wird in § 116 jedenfalls als ein vom Wollen des Erklärten getrenntes Moment gesehen.⁶⁴⁾

- c) In dieser Richtung ist nun fortzuschreiten. Daß sind vor allem die Fragen von Belang: Worauf bezieht sich der Vorbehalt? Was ist unter dem "Erklärten" zu verstehen? Besteht eine Beziehung zum "Inhalt der Erklärung" im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB, wenn ja: welche?

Der geheime innere Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, muß von einer Vorstellung vom Inhalt dieses Erklärten begleitet sein. Eine zutreffende braucht diese allerdings nicht zu sein: Hier

63) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 179 f; ders., Das rechtswirksame Verhalten 445; Schuster, Erklärungsbewußtsein, 8; ähnlich, jedoch in völliger Anlehnung an Henckes, juristische Psychologie, Ellinghaus, Willentheorie, 104 ff

64) s. auch Wolff, Mentalreservation, Iher Jur 81, 128. - Daraus folgt noch nicht, wie Wolff, aaO, 173, will, daß das Gesetz hier fälschlicherweise - von einem Widerspruch zwischen Wille und Erklärung ausgehe.

beginnt das Feld des § 119 Abs. 1 BGB. Denn der "geheime Vorbehalt" (*restrictio late mentalis*) ist mehr als das schlichte Nichtwollen (des Erklären).⁶⁵⁾ Folgendes Beispiel mag das erläutern: Der Erklärende will X erklären und behält sich insgeheim vor, (das Erklärte) X nicht zu wollen; der Erklärungsgegner durfte und mußte als erklärt Y verstehen. Nun ist die Erklärung nicht wegen des Vorbehalts gegenüber X nichtig. Soweit reicht § 116 S. 1 BGB. Weiter gilt, daß der Erklärende sicherlich auch Y "nicht will". Damit wird aber der Vorbehalt (und dessen Nicht-Wirkung) noch nicht auf - das gar nicht vorgestellte - Y erstreckt. Vielmehr ist hier lediglich weiter zu erforschen, ob der Erklärende eine Erklärung, über deren Inhalt er im Irrtum war, abgegeben hat, usw. Anderenfalls ließe sich in jeden Irrtumsfall ein geheimer Vorbehalt hineinkonstruieren. Dies hätte keinerlei Fortschritte zur Folge, brächte aber, wenn man den Gedanken ernst nähme, dem Nachteile, der seine Erklärungen genau überlegt und formuliert. - Das Nichtwollen des Inhalts des Erklären ist somit nicht Regelungsgegenstand des § 116 S. 1 BGB.

Kann sich aber der Vorbehalt gegenüber dem Erklären darauf beziehen, daß der Sinn als Erklärung nicht gewollt wird? Sieht man in der Willenserklärung den bewußten Vollzug eines Willensaktes, dann bedeutet "Sinn als Erklärung" nichts anderes, als daß das Verhalten eben ein solcher Willens-

65) Henle, Anfechtbarkeit wegen Drohung, Festschrift für Zitelmann, 52, 54

vollzug sei. Diesen Sinn soll die Handlung beim geheimen Vorbehalt aber auch haben.⁶⁶⁾

Das Eigentümliche des geheimen Vorbehalts ist indes, das zeigen die oben angedeuteten Verknüpfungen mit dem Irrtumsproblem, daß der Erklärende zwar die in der Erklärung zum Ausdruck gekommene Anordnung inhaltlich verlautbaren will, sich hingegen heimlich vorbehält, daß Rechtsfolgen dieses Inhalts gegen ihn nicht gelten sollen.

Es mag dabei im Rahmen des § 116 S. 1 offenbleiben, ob zu dem "Erklärten" auch der Inhalt der Regelung, im Sinne des Inhalts der Erklärung nach § 119 Abs. 1, gehöre. Für § 116 wäre eine weitere Qualifikation des "Erklärten" in dieser Richtung bedeutungslos. Denn eine - dem natürlichen Sprachgefühl gewiß nicht zuwiderlaufende - Einbeziehung des Regelungsinhaltes als solchen wäre im Zusammenhang des Problems der Mentalreservation nur dann sinnvoll, wenn es gerade auf den konkreten Rechtsfolgeninhalt und dem Vorbehalt diesem gegenüber ankäme. Für § 116 S. 1 BGB ist dies, wie erörtert, nicht der Fall.

Das insgeheim nicht gewollte Erklärte ist danach

66) vgl. Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 42. Die Kritik von Gysin, Theorie des Rechtsgeschäfts, ZBemJV 65, 111, vermengt "Sinn der Erklärung" und "Sinn als Erklärung". - Gysin entwertet seine eigene Theorie im übrigen auch dadurch, daß er das von ihm sogen. "soziale Sinnbewußtsein" - welches aaO, 121, an die Stelle des "juristischen Sinnbewußtseins" tritt - auf dem Umweg über das als besonderes soziales Wollen charakterisierte rechtsgeschäftliche Wollen (aaO, 119) doch wieder auf die von ihm so heftig bekämpfte rechtliche Relevanz zurückführt.

der Eintritt der rechtlichen Geltung der verlautbarten Rechtsfolgen.⁶⁷⁾

-) Damit ergibt sich aus § 116 S. 1 BGB, daß es bei der Mentalreservation nicht um das Fehlen des Bewußtseins geht, einen Erklärungsakt vorzunehmen;⁶⁸⁾ das bedeutet weiter, daß die Aufrechterhaltung der in der Erklärung bezeichneten Rechtsfolgen keineswegs etwa aufgrund der Bedeutungslosigkeit eines derartigen Mangels stattfindet.

Indirekt enthält § 116 S. 1 BGB daher die Vorstellung, daß zwischen dem Willen, die Erklärung als solche zu vollziehen, und dem Willen, die in ihr genannten Rechtsfolgen herbeizuführen, zu unterscheiden sei.⁶⁹⁾ Das ist, wenn auch mit Bezug auf ein besonderes Erklärungsbewußtsein, nur mittelbar positive, so doch weitere Untersuchungen nicht verbietende Auskunft.

§ 117 BGB⁷⁰⁾

§ 117 BGB gehört nicht zum Recht der Willensmängel;⁷¹⁾ die Vorschrift wäre eher dem Gebiet der verbotenen Rechtsgeschäfte zuzurechnen.

67) Es mag hier dahingestellt bleiben, wie sich der Erklärende die Wirkung seines Vorbehalts vorstellt; hierzu ausführlich: Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 185 ff

68) s. auch Henle, aaO, 73

69) weitere Ausführungen über deren Verhältnis s. unten S. 71 ff

70) wegen der Entstehungsgeschichte vgl. Mot. I, 192 ff, Prot. 200 ff (Mugdan I, 711)

71) vgl. Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 463

Bereits der Wortlaut der Norm deutet an, daß diese keine direkte Aussage zum Problem des Erklärungsbewußtseins biete. Eine kurze Untersuchung des in § 117 geregelten Tatbestandes wird dies erläutern: Einverständlich erklärt wird die Regelung A. Dabei herrscht Einverständnis unter den Beteiligten, daß A gerade nicht eintreten solle, vielmehr B oder auch gar nichts.⁷²⁾ - Wenn von einigen der Grund der Nichtigkeit im Fehlen des Geschäfts- und Mitteilungswillens gesehen wird,⁷³⁾ dann wird hier in Wahrheit ein einheitliches Geschehen aufgespalten. Entscheidend ist, daß die bezeichneten Rechtsfolgen nach dem Willen aller Beteiligten gerade nicht eintreten sollen.⁷⁴⁾

Es muß daher davon ausgegangen werden, daß § 117 BGB äußerstenfalls so viel zu entnehmen ist: daß, wer (einverständlich mit einem anderen) bestimmte Rechtsfolgen seiner Erklärung nicht will, doch das Bewußtsein haben muß, daß er ein

-
- 72) z. B. wird ein niedrigeres Entgelt als das in Wahrheit urkundlich vereinbarte erklärt etwa um bei formbedürftigen Geschäften die Urkundskosten zu senken.
- 73) Etwa F. Leonhard, Auslegung, AcP 120, 84: Mitteilungswille sei der Wille, Glaube an die Mitteilung hervorzurufen.
- 74) Wenn Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, 46, behauptet, es fehle hier auch der Erklärungswille, und dies sei der Grund der Nichtigkeit, so setzt er sich in Widerspruch mit seiner eigenen Definition, Erklärungswille sei der Wille, eine Äußerung des Willens hervorzubringen, aaO, 24

Erklärungsakt vollziehe.⁷⁵⁾ -

Mehr ist aus § 117 nicht zu gewinnen.

3. § 118 BGB 76) 76a)

- a) Nach den Vorstellungen der Verfasser des Gesetzes sollte § 118 in erster Linie die echten Scherzerklärungen erfassen; dazu wurden auch Lehrbeispiele und Bühnendeklamationen gerechnet sowie - als für die Rechtspraxis wohl wichtigster Fall - das mißlungene Scheingeschäft.⁷⁷⁾ Bei den erstgenannten Gruppen könnte man die Vorschrift wohl als bloße Selbstverständlichkeit ansprechen (was sie unter einem bestimmten Denkansatz auch überhaupt ist).

75) Die These von Larenz, Auslegung, 87, daß überhaupt keine Willenserklärung vorliege, sondern nur ein Verhalten, welches als solche erscheint steht nicht entgegen. Denn Larenz wertet umgekehrt ein nur als Willenserklärung erscheinend nicht aber als solche gemeintes Verhalten doch auch als Willenserklärung. Wie im Text: Manigk Das rechtswirksame Verhalten, 445; Schuster, Erklärungsbewußtsein, 8

76) Zur Entstehungsgeschichte: Mot. I, 193 f, Prot. 205 ff (Mugdan I, 712). Eingehend: Baila Vertragsschließung, 60 ff; Henle, Vorstellungen und Willentheorie, 485 f; Larenz, Auslegung, 85 ff; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 53, 181, 473 ff u. pass.; Planck-Flad, Anm. 1, 4 zu § 118; Rhode, Willenserklärung und Pflichtgedanke, 72 ff; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 388 ff (für das gemeine Re-

76a) s. auch den Fall RGZ 8, 248 (Einl., Anm. 1)

77) vgl. Mot. I, 193, 194; Prot. 205. S. auch die Beispiele bei Zitelmann, aaO (oben Anm. 76). Besonders deutlich: RGZ 168, 204; die Gründe stellen ganz auf die Unsittlichkeit der beabsichtigten Simulation ab und haben so keinen echten Bezug zum Scherz. Dies übersieht Friesecke in seiner Anmerkung, ZAkDR 1942, 138

Will man untersuchen, welche Bedeutung § 118 für das Problem des Erklärungsbewußtseins habe, so muß man von dem in der Norm vorausgesetzten Sachverhalt ausgehen. Typisch ist das in der Einleitung, Anm. 1, mitgeteilte Beispiel. D. weiß genau, welche Worte er ausspricht und welchen Inhalt er mit ihnen kundgibt. Was er nicht weiß und ohne Täuschungs- und Schädigungsvorsatz auch nicht will, ist, daß ein anderer (Z.) annehme, er wolle die bezeichneten Rechtsfolgen tatsächlich herbeiführen. Er will gerade nicht entsprechend dem im Scherz verlautbarten Geschäftswillen gebunden sein.

- b) Die Anordnung der Nichtigkeit der Willenserklärung im Falle des § 118 BGB wird von vielen geradezu als Beweis für die Richtigkeit der Lehre angesehen, welche in dem Erklärungsbewußtsein ein selbständiges Tatbestandselement der Willenserklärung sehen.⁷⁸⁾ Bemerkenswert ist, daß immer wieder darauf hingewiesen wird, daß der Urheber der Scherzerklärung die mögliche Bedeutung seines Tuns nicht erkennt.^{78a)} Hiermit

78) vgl. Brox, Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 53; Goetz, Schweigen, 62 ff; Gruenbaum, Beitrag zur Lehre v. Rechtsgeschäft, GruchotsBeitr 73, 201; Wieacker, Celle-Festschrift, 271; ders., JZ 1967, 389; ähnlich Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 181 (Kundgebungszweck; nach M. dient auch die Scherzerklärung dem Erklärungszweck, aaO, 53); Schuster, Erklärungsbewußtsein, 9; dagegen meint Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen, Iher Jahrb. 56, 363, daß das Kundgebungsbewußtsein fehle (sic!). Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 496 ff, 500, will § 118 wenigstens analog anwenden.

78a) z. B. Wieacker, aaO

läßt sich die eben genannte - als herrschend zu bezeichnende⁷⁹⁾ - Ansicht präzisieren. Dem Scherzenden fehlt die Vorstellung, daß ein anderer aus seinem bewußten Verhalten auf den Willen schließen werde, an die verlautbarte Rechtsfolge gebunden zu sein.⁸⁰⁾ Auf diesem Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Erfolgsabsicht beruht die Anordnung der Nichtigkeit. Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob man fordert, daß ~~diese~~ Einstellung des Scherzenden gerechtfertigt oder erkennbar sei.⁸¹⁾ Nur am Rande sei darauf hingewiesen, daß in

79) so widerstrebend Brox, aaO

80) Auch wer die Willenserklärung nur als Anordnung, In-Geltung-Setzen, sieht, wird das nicht bestreiten, nur anders formulieren: ...daß die Erklärung einen Regelungsakt enthalte, vgl. oben S. 38, Anm. 38, 51 ff

81) a) Gerechtfertigt: dafür Jacobi, Theorie, 55; dagegen: Lehmann-Hübner, § 34 II 3; Erman-Westermann, Komm. zu § 118; Planck-Flad, Anm. 1 b; Titze, Mißverständnis, 43
b) Erkennbar: dafür Bailas, Vertragsschließung, 60; Danz, Auslegung, 17; Isay, Willenserklärung, 17 f (unter Berufung auf § 116 BGB); Pernice, Kritische Beiträge, ZHR 25, 117; Rhode, Pflichtgedanke, 72; Stoll, Vertrag und Unrecht, 58; Wolff, Iher Jahrb. 81, 271; Zlotnitzki, Schweigen auf Bestätigungsschreiben, 24; dagegen die herrschende Meinung: Hellmann, KritVJSchr. 48, 246; Henle, aaO, 485 ff; Lehmann-Hübner, aaO; Manigk, Anwendungsgebiet, 115 f; Planck-Flad, Anm. 1 a zu § 118; Wedemeyer, Abschluß des obligatorischen Vertrags, 63; Wieacker, JZ 1967, 389

diesem Falle § 118 selbst als auch § 122 BGB insoweit überflüssig und sinnlos wären.^{81a)}

- c) Bei § 118 BGB fehlt es somit ebenfalls völlig an einem Rechtsfolgswillen. Der Erklärende meinte seine Erklärung "nicht ernst": schon der sprachliche Ausdruck zeigt die Eigenart des Tatbestandes an. - Daraus folgt, daß das Fehlen des Bewußtseins, überhaupt einen Erklärungsakt vorzunehmen, jedenfalls nicht unmittelbar in § 118 geregelt ist, der Fall ist aber nahe verwandt, so daß manches für einen Analogieschluß spricht. Eine Beurteilung der Vorschrift als Ausnahme würde dies jedenfalls nicht verbieten.⁸⁴⁾

Festzuhalten ist jedoch, daß das Fehlen des Erklärungsbewußtseins an sich noch unterhalb der Marke des § 118 liegt.

-
- 81a) Damit erledigen sich die Ansichten, welche die h. M. zu § 118 mit der These bekämpften, daß die subjektive Erwartung erkennbar hervortreten müsse: so etwa Bailas, aaO, 60
82) die Henle, aaO, 495 ff, vorschlägt. Gegen dieses Verfahren polemisiert ohne Begründung Rhode, aaO, 73, 75
83) wie ihn Larenz, Auslegung, 86 f, behauptet
84) vgl. Klug, Juristische Logik, 99 ff

4. § 119 BGB ⁸⁵⁾ 85a)

- a) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Regelung des Irrtumsproblems in strenger Systematik im Allgemeinen Teil vorgenommen, ganz im Gegensatz zu anderen kontinentaleuropäischen Rechten, welche das Obligationenrecht für den richtigen Ort halten.⁸⁶⁾ Welche Einordnung die zweckmäßigere sei, mag hier unerörtert bleiben, zumal die von den Kritikern der BGB-Lösung⁸⁷⁾ gerügte zu einseitige Beachtung der Lage des Irrenden - die mit der systematischen Stellung § 119 im Zusammenhang steht - in Praxis und Lehre schon längst nicht mehr festzustellen ist.⁸⁸⁾ - Die immer noch herrschende Uneinigkeit um die Zielsetzung, Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der in § 119 Abs. 1

85) Zur Entstehungsgeschichte: Mot. I, 189 ff, 196 ff, Prot. 221 ff (Mugdan I, 715 ff). Weitere Nachweise s. bei Staudinger-Going, Rdn. 2, 3 zu § 119. - Im übrigen ist die Literatur nahezu unübersichtlich; Vollständigkeit der Verwertung ist so wenig erstrebenswert als möglich.

85a) Es dürfte sich erübrigen, darzulegen, daß im Rahmen dieser Untersuchung allein Abs. 1 des § 119 interessiert, ganz gleich, ob es sich bei Abs. 2 leg. cit. um einen echten "Motivirrtum" oder einen Sonderfall des "Inhaltsirrtums" handle; vgl. dazu Titze, Motivirrtum, Heymann-Festschrift 72 ff; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 359 ff; Zweigert, Irrtümer über den Irrtum, ZRV 1966, 12, 20

86) vgl. ABGB § 871, OR Art. 23 ff, Cod. civ. It. Art. 1427 ff

87) so bereits Neubecker, Haftung für Wort und Werk, Festschrift für Gierke, III, 177, 233; jetzt: Rollin, Irrtum und Reurecht, 9; Zweigert, ZRV 1966, 12; ähnlich Lange, Neugestaltung der Anfechtung, Iher Jahrb. 89, 277, 281; Schwind, Der Irrtum im Verkehrsrecht des ABGB und BGB, Iher Jahrb. 89, 119, 145 ff

88) Gudian, Inanspruchnahme tarifmäßig zu vergütender Leistungen, JZ 1967, 303, 307

BGB getroffenen Entscheidung überhaupt ist gleichwohl nicht ohne Einfluß auf das Problem gegenwärtiger Untersuchung; es muß daher, wenigstens in gedrängter Form, dazu Stellung genommen werden.

Zweck des § 119 Abs. 1 ist zunächst, den rechtsgeschäftlich Handelnden vor unvorhersehbaren Folgen bestimmter Fehlhandlungen bei dem Vollzug rechtsgeschäftlicher Akte zu schützen.⁸⁹⁾ Zugleich soll der jeweilige Gegner dagegen gesichert sein, daß derartige Fehlleistungen unbeschränkt geltend gemacht werden.⁹⁰⁾ - Sodann soll der Ausschluß von Bindungen, welche den Handelnden gewissermaßen unversehens treffen, die Leichtigkeit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gewährleisten;⁹¹⁾ durch strengste Worthaftung soll niemand von der Betätigung im Bereich der Privatrechtsgeschäfte abgehalten werden. Als Grundinstitut des Rechts darf die Willenserklärung nicht ein Übermaß an Gefahren für den weniger Gewandten bergen. - Dagegen gehört die Gewährleistung der Privatautonomie als solcher⁹²⁾ nicht eigentlich zu diesem Komplex.⁹³⁾

89) vgl. statt aller Gudian, JZ 1967, 307

90) s. dazu bereits Mot. I, 197; Prot., 231 (Mugdan I, 717)

91) Ellinghaus, Willenstheorie, 73

92) was Savigny so stark in den Vordergrund gestellt hatte: System III, 98 ff; ähnlich Zitelmann, Die jur. Willenserklärung, Iher Jahrb. 16, 375; vorsichtig in diesem Sinne noch Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Celle-Festschrift, 281

93) vgl. Bartholomeyczik, Subj. Merkmale der Willenserklärung, Festschrift für Ficker, 52 ff

Nunmehr sind folgende Fragen anzugehen: Enthält § 119 Abs. 1 eine unmittelbare Regelung für das Fehlen des Erklärungsbewußtseins? Bietet die Vorschrift wenigstens den Grundgedanken für die richtige Lösung dieses Falles? Oder läßt sich der Paragraph lediglich negativ dahingehend verstehen, daß darin eine auf das Fehlen des Erklärungsbewußtseins bezogene Regelung nicht statuiert sei und auch nicht sein sollte?

- b) Liegt, wenn der Handelnde nicht erkennt, daß sein Verhalten als Willenserklärung (scil. bestimmten Inhalts) gedeutet werden kann, ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vor (§ 119 Abs. 1, 1. Modalität)?

Die Materialien geben keine Auskunft; das wird verständlich, wenn man die Auswirkungen des Nichtigkeitsdogmas beachtet: Ein Willensmangel führte danach in jedem Falle zur Nichtigkeit der Erklärung; wenn nun das Gesetz für bestimmte Tatbestände eine einschränkende Regelung anordnete,⁹⁴⁾ so mußte sich für die nicht betroffenen Fälle an der früheren Lösung nicht notwendigerweise etwas ändern.

94) hier besteht eine gewisse Parallele zu der Ansicht von Schwind, der (Iher Jahrb. 89, 120) lehrt, die §§ 119 ff (sic!) enthielten nur eine Teilregelung des Irrtumsproblems. Schw. hat dabei allerdings in erster Linie die Fälle der Unmöglichkeit und der Sachmängelhaftung im Auge.

Einen schwachen Hinweis mag der Wortlaut der Norm enthalten. Dabei ist von vornherein gewiß, daß hier mit großer Zurückhaltung vorzugehen ist, weil der Text des Gesetzes den Regelungsgegenstand nur sehr ungenau umschreibt.⁹⁵⁾

§ 119 Abs. 1 sagt: "bei der Abgabe einer Willenserklärung". Man hat daher davon auszugehen, daß die Abgabe der Willenserklärung⁹⁶⁾ zu dem zu regelnden Sachverhalt gehört; sie ist somit Teil des Tatbestandes. Zur Abgabe der Willenserklärung gehört aber notwendig das Bewußtsein, daß eine Erklärung überhaupt vorliegt, welche durch das Verhalten des Handelnden veräußerlicht und verselbständigt wird.⁹⁷⁾ Man mag dagegen einwenden, daß dieses Moment in § 119 nicht der eigentliche Regelungsgegenstand und daher nicht besonders erheblich sei. Dies ist nicht zulässig, weil das Gesetz einen bestimmten Sachverhalt voraussetzt, dann dürfen nicht einzelne Momente desselben als weniger oder gar nicht bedeutend von der Erörterung ausgenommen werden.⁹⁸⁾ Die rechtliche Relevanz wird vom Gesetz bestimmt und nicht von der Theorie.

Mag nun auch - angesichts der großen Formulierungsunsicherheit, die die Textgestaltung beeinflusste - ein positiver Schluß aus dem Wortlaut des Gesetzes nur schwer zu ziehen sein:⁹⁹⁾ wenn man ihn dennoch zöge, so müßte er gegen die au

95) Über die Mängel des § 119 BGB vgl. Zweiger ZRV 1966, 20 ff; sehr scharf ablehnend Dreier, Irrtum und Risiko, 7 ff

96) d.h. die Veräußerlichung und Verselbständigung

97) mindestens soweit kann den Untersuchungen Manig gefolgt werden, vgl. Willenserklärung und Willensgeschäft, 205 u. ff

98) s. v. Hippel, Privatautonomie, 55

99) kritisch auch Schuster, Erklärungsbewußtsein 7 f

fallen, welche dem Fehlen eines Erklärungsbe-
wusstseins allein im Rahmen von § 119 Abs. 1
(1. Modalität) Bedeutung zukommen lassen.

Lediglich hierauf kann indes ein Ergebnis nicht
gegründet werden. Es gilt nunmehr zu prüfen, ob
nicht andere aus § 119 Abs. 1 selbst zu gewin-
nende Argumente dafür sprechen, auch den Mangel
des Erklärungsbewusstseins der Herrschaft der
1. Variante ("Inhaltsirrtum") zu unterstellen. -
Einige Autoren¹⁰⁰⁾ 100a) vertreten die Ansicht,
einem Irrtum über den Inhalt der Erklärung er-

100) zuerst Hölder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, Iher Jahrb. 55, 413, 469 (der jedoch bereits den terminus "Abgabe" mißversteht - aaO, 463 - und fälschlicherweise im "Bewirken" der Willenserklärung aufgehen läßt); Lonsky, Abgabe empfangsbedürftiger Willenserklärungen in Testamenten, 73; ähnlich R. Leonhard, Irrtum, I, 145 (welcher aber, aaO, 76, zwischen der Herstellung des Erklärten und der Unterwerfung unter dessen Inhalt unterscheidet); Rhode, Willenserklärung und Pflichtgedanke, 73 - alle ohne eigentliche Begründung. Unsicher: v. Tuhr, Bedeutung des Willens im Zivilrecht, ZSchwR 63, 259, 272 ff; Voß, Anfechtbarkeit von Blanketterklärungen, Iher Jahrb. 56, 412, 417.

Nicht hierher gehören die Ausführungen von Zitelmann, Iher Jahrb. 16, 405 ff: Da dieser dem uneingeschränkten Nichtigkeitsdogma anhing, war für ihn eine scharfe Trennung zwischen Erklärungsakt und Erklärungsinhalt nicht vordringlich.

100a) Hier sind nicht zu referieren alle diejenigen, welche es darauf ankommen lassen, ob das Fehlen einer dem Erklärungsbewusstsein entsprechenden Vorstellung verschuldet war, wie etwa Flume, Larenz, Manigk (in den späteren Werken), u. neuerdings Gudian; ebenso nicht Krause, Schweigen, pass., 137 f. Es geht gerade darum, ohne den topos "Verschulden" auszukommen; vgl. auch oben S. 52 u. ff

liege auch, wer unbewußt ein Verhalten beobachte, welches von anderen als Erklärung gedeutet werden könne. Dies zwingt, wie ohne weiteres zu erkennen, zur Annahme des Satzes, daß es zum (erklärten) Inhalt der Willenserklärung gehöre, überhaupt Erklärung zu sein. Das ist logisch unhaltbar.¹⁰¹⁾

Was zählt aber zum Inhalt der Erklärung im Sinne der 1. Modalität des § 119 Abs. 1? Diese Frage ist noch rasch zu streifen. Dahin hat man den Komplex der inhaltlichen Anordnung einer bestimmten Rechtsfolge, so wie sie die Auslegung des Geschäftstatbestandes liefert, zu rechnen. Es ist der Inbegriff von Ausdrücken, welcher den durch die Erklärung herbeizuführenden Erfolg individualisiert.¹⁰²⁾ Dies ist aber der von dem in der herkömmlichen Terminologie so genannten Geschäftswillen gesteuerte Komplex.^{102a)}

Damit ist aber noch keine Brücke zu einem den Charakter des Verhaltens als Erklärung überhaupt betreffenden Bewußtsein geschaffen.

Die Annahme, daß es zum Inhalt der Erklärung gehöre, Erklärung zu sein, und damit der Satz,

101) abgesehen natürlich von den hier nicht interessierenden Fällen, in denen jemand "erklärt", er wolle sich vernehmbar machen, er erkläre sich hiermit etc. Hier fielen allerdings der auf den Erklärungsakt und der auf den Erklärungsinhalt bezogene Wille in eins, aber doch nur derart, daß Mängel seinsmäßig lediglich den Aspekt des zweitgenannten betreffen würden. Vgl. auch Lüderitz, Auslegung, 314 f

102) vgl. etwa Lehmann-Hübner, § 34 III 1 c; zum Inhaltsirrtum überhaupt auch Staudinger-Going, Rdn. 13 ff zu § 119, m. w. N.

102a) BGH NJW 1963, 1248: "...für den Inhalt ... maßgeblicher Geschäftswille."

daß zum Inhaltsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 1. Modalität auch das Fehlen des Erklärungsbe-
wußtseins gehöre, findet sonach im Gesetz selbst
keine Stütze.

- c) Das Nicht-Wollen und Nicht-Erkennen des Erklä-
rungswertes des eigenen Verhaltens könnte sich
als Irrtum gemäß der 2. Modalität des § 119 Abs. 1
darstellen. Es müßte dann der Fall vorliegen, daß
der Handelnde eine Erklärung dieses Inhalts über-
haupt nicht abgeben wollte (sogen. Irrtum in der
Erklärungshandlung, "Erklärungsirrtum"¹⁰³). -
Formell gesehen handelt es sich hier um die Um-
kehrung des Satzes, daß das Allgemeine stets im
Besonderen enthalten sei. Diese ist nicht not-
wendigerweise wahr.¹⁰⁴)

Eine Minderheit von Autoren ist der Ansicht, die
2. Variante von § 119 Abs. 1 sei der Regelungsort
für das Problem des Erklärungsbewußtseins.¹⁰⁵)

103) vgl. Lehmann-Hübner, § 34 III 1 a

104) s. dazu Klug, Juristische Logik, 148 ff

105) vgl. Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender
Willenserklärungen, Iher Jahrb. 56, 329, 367;
Rothoef, Irrtumslehre, 105; Wedemeyer, Ab-
schluß des obligatorischen Vertrages, 45. -
Nicht in diesem Sinne kann die Bemerkung von
Lange, Die Neugestaltung der Anfechtung, Iher
Jahrb. 89, 277, 324, verstanden werden, der
Irrtum in der Erklärungshandlung wiege schwe-
rer als der über die Erklärungsbedeutung: Es
geht ja gerade um den Umfang des erstgenann-
ten Begriffs. Immerhin ließe sich daran weiter
anfügen, daß, wenn § 119 Abs. 1 überhaupt
eine Regelung unseres Problems enthalte, dann
in der 2. Alternative. - Die möglicherweise
noch herauszuziehende Ansicht von Zitelmann,
Die Rechtsgeschäfte im Entwurf, II, 15, be-
trifft lediglich den I. Entwurf des BGB. Die
in § 97 E I gewählte weite Fassung ist gerade
nicht Gesetz geworden



warum dessen Begriffsmerkmale durch die Beifügung "dieses Inhalts" erweitert wurden.¹¹⁰⁾ Denn nach den allgemeinen Grundsätzen der Logik führt das zu einer Verengung des Begriffsumfangs. Daraus folgt, daß schon der Wortlaut und logische Sinn des Gesetzes eindeutig auf die Irrung im Ausdruck beschränkt sind.^{110a)} - Da man annehmen muß, daß im BGB die Regeln der (sprachlichen) Logik nicht geradezu entgegen ihrer allgemeinen Bedeutung angewandt sind und daß die Verfasser und Redaktoren auch nicht einen so gut wie unsinnigen Satzbau bevorzugen, ist zumindest soviel sicher, daß die Analyse des Textes von § 119 Abs. 1 keine Argumente für die oben angeführten Ansichten liefert, vielmehr triftige Gründe gegen deren Richtigkeit.

Doch könnten Erwägungen allgemeinerer Art es rechtfertigen, das Fehlen des Erklärungsbewußtseins der Regelung des § 119 Abs. 1, 2. Modalität zu unterstellen. Dies versucht eine neuere Lehre¹¹¹⁾ mit dem Argument zu erreichen, daß der Verlautbarung der Vorrang vor dem wirklichen

110) vgl. auch Henle, Vorstellungs- und Willens-
theorie, 155

110a) Dies gilt auch gegenüber dem - im übrigen nicht weiter begründeten - Versuch, durch vorherige Begriffsfestsetzung zu einer Lösung zu gelangen, wie ihn Wedemeyer, aaO, 45, unternimmt: Wenn W. zwischen Geschäftswillen und Erklärungswillen trennt und nur den letzteren auf die Erklärung gerichtet sein läßt, so folgt daraus noch nicht, daß für diesen § 119 Abs. 1, 2. Alt. in jedem Falle gelte. W. hätte vorher darlegen müssen, daß der Wille, eine Erklärung überhaupt abzugeben, und der Wille, eine bestimmte Erklärungshandlung vorzunehmen, insoweit identisch seien. Sogen. quaternio terminorum.

111) Rothoef, Irrtumslehre, 105

Willen gebühre. Daraus soll folgen, daß der "Irrtum über den Erklärungswert" als Fehldeutung des objektiven Sinnes des Erklärungstatbestandes dem Irrtum in der Erklärungshandlung zuzuweisen sei.^{111a)} Aus dem Norminhalt des § 119 Abs. 1 ist dies jedoch gerade nicht mehr abzuleiten. Es hat sich vielmehr gezeigt, daß das Gesetz eine deutliche Grenze zieht; diese ist nicht einfach durch eine eigene einheitliche Begriffsbildung zu überwinden. - Der eigentliche Hintergrund dieser Meinung aber wird sichtbar in der These, wer - als Geschäftsfähiger - den objektiven Erklärungswert seines eigenen Verhaltens verkenne, verstoße gegen Obliegenheiten des Rechtsverkehrs.¹¹²⁾ Der Gesichtspunkt des "Eintretens" für eigenes "schuldhaftes" Verhalten kann jedoch im Rahmen des § 119 BGB keine Rolle spielen.¹¹³⁾

§ 119 Abs. 1, 2. Alternative bietet sonach unmittelbar keinen Anhalt für die Meinung, daß das Fehlen des Bewußtseins, eine Willenserklärung abzugeben, zu dem Fall zu rechnen sei, in dem der Handelnde eine "Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte", d.h., sich in den Erklärungszeichen vergriff.¹¹⁴⁾

111a) Rothoef, aaO

112) vgl. Rothoef, aaO, 108

113) vgl. Staudinger-Going, Rdn. 46, 51 zu § 119.

Desgleichen kann nicht mit nicht aus § 119 selbst gewonnenen Prinzipien des Vertrauensschutzes operiert werden (etwa Jacobsohn, Iher Jahrb. 56, 367); denn § 119 bestimmt selbst, wie weit solcher Schutz reiche. Eine offene Korrektur des Gesetzes ist hier nicht zu erörtern.

114) vgl. Oertmann, Allg. Teil, 2 zu § 119; Planck-Flad, Anm. III 3 zu § 119

d) Es bleibt die Möglichkeit zu erörtern, daß unser Problem aus allgemeinen methodologischen Erwägungen der Vorschrift des § 119 Abs. 1 zu unterwerfen sei. Dabei kann es freilich nicht mehr auf die eine oder andere Modalität des Irrtums ankommen. Denn nunmehr muß davon ausgegangen werden, daß ein echter, sozusagen vom Gesetz vorgestellter Irrtumsfall nicht vorliege.

(1) Eine Meinung geht von der These aus, daß es im Rahmen des § 119 Abs. 1 auf ein Erklärungsbewußtsein als Abgrenzungskriterium nicht ankomme, da nach dieser Vorschrift das Vorliegen einer Willenserklärung nicht vom Willen des Erklärenden abhängig sei.¹¹⁵⁾ Dies ist ein offener Rekurs auf die Erklärungstheorie.¹¹⁶⁾ Es wurde aber bereits erörtert, daß die Vernachlässigung des Erklärungsbewußtseins durch die Anhänger des Erklärungsdogmas inkonsequent sei.^{116a)} Im übrigen hilft die Berufung auf diese Lehre hier nicht weiter, da sich die Vorschrift des § 119 Abs. 1 BGB durchaus nicht durch die Kategorien "Erklärungstheorie" oder "Willensdogma" erfassen läßt.¹¹⁷⁾

Weiter ist einzuwenden, daß die allgemeine Prämisse nicht so unbestritten sei, daß sie ohne weitere Ausführungen verwendet werden

115) Gudian, Fehlen des Erklärungsbewußtseins, AcP 169, 232, 233; in Anlehnung an Bydlinski, Privatautonomie, 159 ff

116) vgl. Zlotnitzki, Schweigen auf Bestätigungsschreiben, 25

116a) s. Ellinghaus, Willenstheorie, 53; sowie oben S. 41 f

117) s. Prot. 222, 223 (Mugdan I, 716)

dürfte: Ob nach § 119 das Vorliegen der Willenserklärung überhaupt vom Willen unabhängig sei, ist gerade Gegenstand der Kontroverse. - Wenn nun weiter ausgeführt wird, bei "verschuldetem Fehlen des Erklärungsbewußtseins müsse jedenfalls Schadensersatz nach den Regeln über die "culpa in contrahendo" geleistet werden,¹¹⁸⁾ so mag das zutreffen, ist indes in diesem Zusammenhang nicht zu erörtern.^{118a)} Aus der Beschränkung auf die Fälle des Verschuldens folgt jedoch nicht die positive Konsequenz, daß für diese Tatbestände dann § 119 Abs. 1 gelte.¹¹⁹⁾ Einmal kommt es auf ein Verschulden bei § 119 nicht an.¹²⁰⁾ Zum anderen dient die Irrtumsregelung des BGB nicht so ausschließlich den Interessen des Erklärungsgegners,¹²¹⁾ wie es der Fall sein müßte, wenn die soeben wiedergegebene Ansicht richtig wäre. -

- (2) Ganz anders ist der Ansatzpunkt der wohl eingehendsten Studie zur Frage des Erklärungsbewußtseins der neueren Zeit.¹²²⁾ Diese stellt darauf ab, daß sich feststellen lasse, daß dem Mangel des Erklärungsbewußtseins keine spezifischen Rechtsfolgen zugeordnet seien.^{122a)}

118) so Gudian, AcP 169, 234

118a) Die c.i.c. soll den anderen Teil in die L. bringen, in der er sich befände, wenn er Fehlen des Erklärungsbewußtseins gekannt hätte, vgl. Soergel-Reimer-Schmidt, Vorber. v. § 275, Rdn. 18. S. hierzu auch den Sch. teil unten S. 121 f

119) wie Gudian, aaO, 235, will

120) vgl. oben S. 80 u. Anm. 113 ibid.

121) so indes ausdrücklich, wenngleich ohne weitere Begründung, Gudian, aaO, 235

122) Bartholomeyczik, Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung, Festschrift für Fiedler, 51 ff

122a) Bartholomeyczik, aaO, 54, 64 ff

Dieser Ansicht, die sich nicht von vornherein bei einer der bekannten Schulen unterbringen läßt,¹²³⁾ ist besondere Aufmerksamkeit zu widmen. - Eine wesentliche Stütze für ihre Argumentation sieht sie in der Entwicklung der Rechtsprechung, v. a. des Bundesgerichtshofs.¹²⁴⁾

Eine Berührung mit früheren Lehren¹²⁵⁾ vermittelt die Erwägung, daß ein Erklärungsbewußtsein bei der Abgabe einer juristischen Willenserklärung als selbständiges Tatbestandsmerkmal nicht denkbar sei, da der Handelnde stets einen bestimmten Sinn der Erklärung beabsichtigen müsse.¹²⁶⁾ Soweit dies auf rein psychologischen "Erfahrungen" beruhen soll, erheben sich Bedenken.^{126a)} Andererseits sind derartige Ansichten unbewußt an dem logischen Prioritätsverhältnis der Willenselemente¹²⁷⁾ 127a) orientiert, nur daß sie wiederum von einem anderen, (einzigen) andersgerichteten tatsächlichen Handlungsablauf ausgehen. Die Praxis ist indes erheblich vielgestaltiger.¹²⁾

123) es besteht kritische Distanz sowohl zu der Lehmannschen Schule - vgl. aaO, 53 ff - als auch zu der Lehre von der Geltungserklärung - aaO, 75

124) BGH NJW 1953, 58; BGHZ 21, 102

125) Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Festgabe für Hänel, 15, 19; Wolff, Mentalreservation, Iher Jahrb. 81, 78; ähnlich die schon genannte Ansicht von Lüderitz; Auslegung, 314 f, der allerdings feiner differenziert.

126) Bartholomeyczik, aaO, 66, 73

126a) vgl. oben S. 33 f u. Anm. 18a ibid.; vgl. auch unten S. 87 ff

127) im Sinne von Lehmann-Hübner, § 24 IV 1 b

127a) welche Bartholomeyczik, aaO, 54, gerade kritisiert

128) s. etwa die Darstellung bei v. Tuhr, Allgem. Teil, II.1, 400 f

Sodann, so wird weiter ausgeführt, gehe es eigentlich um die Grenze zu den rechtlich unverbindlichen Äußerungen.¹²⁹⁾ Quantifizierung und Qualifizierung solcher Verbindlichkeit bedürfen jedoch weiterer Erörterung. - Erstere braucht dabei nur kurz gestreift zu werden. Es sollte nicht zweifelhaft sein, daß es Vereinbarungen mit, wenn man so will, unumschränkter Rechtsverbindlichkeit gibt, wie auch solche, bei denen die Bindung abgestuft immer geringer wirkt.¹³⁰⁾ - Weiter sei das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung überhaupt ein "Rechtsbindungswille", welcher an die Stelle des alten Erklärungsbewußtseins treten und sodann ganz im Geschäftswillen aufgehen soll.¹³¹⁾ - Mit der so betonten Heranziehung des Bindungsgedankens ist notwendigerweise verknüpft, daß "Bindung" konkret, als auf einen bestimmten Erfolg bezogen, vorgestellt wird.¹³²⁾ Dies wirft die bereits erwähnte Frage nach der Art der Richtung des Willens auf die Bindung auf:¹³³⁾ ein solcher Schritt führt aber sogleich hinweg in den Bannkreis des Streites um den Inhalt des Geschäftswillens.¹³⁴⁾ Das ist aber keinesfalls ein Pro-

129) Bartholomeyczik, aaO, 55

130) vgl. die Untersuchungen von Reuß, Intensitätsstufen der Abreden und Gentlemen-Agreements, AcP 154, 485, 490 ff

131) Bartholomeyczik, Festschrift für Ficker, 66

132) Bartholomeyczik, aaO, 73 ff

133) also das Problem von Bülow, Henle und Larenz

134) vgl. oben S. 29 f; sowie die Untersuchungen von Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Iher Jahrb. 19, 154; Gysin, Theorie der Rechtsgeschäfte, ZBernJV 65, 97

blem aus dem Komplex des Erklärungsbewußtseins.^{134a)}

- Auf diesem Wege ist daher nicht weiter voranzuschreiten.

Die praktische Irrelevanz eines Erklärungsbewußtseins könnte aber durch Beobachtung der Lebenswirklichkeit und der gerichtlichen Praxis bestätigt werden. - Die These ist nicht neu, daß sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Satz durchgesetzt habe, jedermann müsse sich am verkehrsmäßigen Sinne seines Verhaltens als Willenserklärung ohne Rücksicht auf einen Geschäfts- oder Erklärungswillen festhalten lassen.¹³⁵⁾ Zur Bekämpfung der Lehre vom selbständigen Erklärungsbewußtsein taugt diese Behauptung allerdings wenig, denn in dem hierzu erforderlichen Umfang kann sie gerade nicht anerkannt werden.¹³⁶⁾ Der Ansatzpunkt ist jedoch gegeben.

Bei dem Versuch, die praktische Bedeutung jener Lehre anhand der Lebenswirklichkeit darzustellen, wirkt die Behauptung, der Erklärungswille an sich sei ein Unding, anschaulich und einleuchtend, verglichen mit der "dogmatisch-lebensfremden Kon-

134a) Hier handelt es sich in Wahrheit um einen unbestimmten Geschäftswillen.

135) vgl. Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 97. Der BGH, der dieser Ansicht ohne weitere Prüfung zu folgen scheint (vgl. NJW 1953, 58), hat bezeichnenderweise die Worte "als Willenserklärung" in seiner Wiedergabe ausgelassen.

136) Ablehnend v. a. Flume, Rechtsgeschäft und rechtlich relevantes Verhalten, AcP 161, 64, 65; ders. Rechtsgeschäft, 74. Auch Bartholomeyczik, aaO, 64 f, kommt bei seiner Untersuchung der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Bezug auf die Frage des Erklärungsbewußtseins zu keinem Ergebnis, welches die Ansicht von Manigk bekräftigt.

struktion" eines dreigeteilten Willens. Sie ist folgerichtig auch immer wieder zu vernehmen.¹³⁷⁾ Allein mit dieser möglicherweise größeren Anschaulichkeit ist noch nichts gewonnen. Die klassische Dogmatik verdankte ihre Thesen bisweilen einer etwas einseitigen Betrachtung der Dinge; entsprechend besteht aber auch der Eindruck, daß den neueren Ansichten teilweise - unausgesprochen - eine ganz bestimmte Auffassung vom typischen Ablauf des rechtsgeschäftlichen Handelns zugrunde liege: die der "massenförmigen Geschäfte".¹³⁸⁾ Diese stellen indes nicht das Grundmuster der Rechtsgeschäfte dar. Man kann auch schwerlich behaupten, daß das BGB diese Massengeschäfte übersehen habe, ja habe übersehen müssen.¹⁴⁰⁾ Die Verfasser des BGB hatten für diese - ihnen auch bekannten¹⁴¹⁾ - Vorgänge lediglich keine besondere Lösung für nötig erachtet.

Die prinzipiellen Einwände gegen eine solche rein seinsmäßig ausgerichtete Betrachtungsweise seien zunächst zurückgestellt. Die Beobachtung

-
- 137) vgl. Schloßmann, Wolff, Lüderitz, oben S. 83 Anm. 125
 - 138) s. die Bemerkung von Bartholomeyczik, aaO 62, zu der Lehre von Savigny
 - 139) Auch die Berücksichtigung dieses Typus zielt nicht zu einer Aufgabe des Erklärungsbeweises; vgl. dazu Ellinghaus, Die Willens- theorie im Bereich der modernen massenförmigen Rechtsgeschäfte, 124; ähnlich Flum, AcP 161, 52, 60 ff. Dies erkennt Esser, Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse, AcP 157, 90
 - 140) wie v. a. Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Siber, II, 6, 21 ff behauptet
 - 141) z.B. Straßenbahnfahrt, Zigaretten- und Zeitungskauf auf der Straße, Verkauf aus Automaten etc. S. dazu Medicus, NJW 1967, 351

der Lebensvorgänge lehrt aber auch, daß es andere, möglicherweise ebenso häufige Fälle ganz andersartiger Struktur gibt, welche die "herkömmliche" Darstellung der Handlungskette zu bestätigen vermögen. Das Spektrum erstreckt sich von den "vorgeplanten"¹⁴²⁾ Kleingeschäften des täglichen Lebens bis hin zu langwierig verhandelten Abschlüssen über bedeutende Gegenstände. Bei allen diesen Konstellationen läßt sich die Möglichkeit eines Erklärungsbewußtseins im traditionellen Sinne nicht einfach mit der Gegenbehauptung gedanklicher Unmöglichkeit von der Hand weisen.¹⁴³⁾ - Die Beobachtung der Lebenswirklichkeit per se vermöchte also die Lehre, welche ein Erklärungsbewußtsein als selbständiges Moment in der Willenserklärung annimmt, nicht zu erschüttern. -

Gegen ein Verfahren dieser Art erheben sich zudem prinzipielle Bedenken. Diese sind nun zu er-

142) Ausdruck nach Ellinghaus, Willentheorie, 68

143) Eine ausführliche Aufzählung von Beispielen soll hier unterbleiben. Es sei lediglich auf den Fall hingewiesen, daß eine ("geschäftsbegründende") Unterschrift geleistet wird, ohne daß der Unterzeichner eine Vorstellung hat, die darüber hinausgeht, daß er hiermit eine Erklärung abgebe, an deren - irgendwelche - Folgen er gebunden sei. So z.B. die Unterschrift unter eine Serie von Formularen einer Versicherungsgesellschaft, die dem Unterzeichnenden vorgelegt werden und von deren Inhalt dieser keinerlei Kenntnis hat, vielmehr nur weiß, daß die Unterschrift zur Generalabwicklung eines Versicherungsfalles erforderlich sei. - Sicher ist hier ein Erklärungsbewußtsein von dem - unbestimmten - Geschäftswillen deutlich zu scheiden, es ist sogar stärker konkretisiert als dieser.

läutern. - Es ist durchaus bestritten, daß es zulässig sei, sich in so weitgehender Weise auf Einsichten zu stützen, welche im Grunde genommen Gegenstände betreffen, die nicht dem normativen Bereich angehören.

Nach den "oberflächlichen"¹⁴⁴⁾ Systematisierungsbestrebungen der älteren Pandektistik wurde erstmals unter dem Eindruck der Erfolge der Naturwissenschaften im 19. Jahrhundert der Versuch unternommen, durch eine weitgespannte Untersuchung der seelischen Triebkräfte Aufschluß über die Willensseite beim Rechtsgeschäft zu erhalten und hieraus die einschlägigen Rechtsprinzipien abzuleiten.¹⁴⁵⁾ Ohne daß die psychologischen Erkenntnisse in diesem Punkte angegriffen seien, hat man sich gleichwohl zu fragen, was es einer normativen Wissenschaft nütze, wenn sie ihre wesentlichen Grundsätze einer bloßen Seinsbeobachtung - über deren Richtigkeit schließlich auch niemand ein abschließendes Urteil abzugeben in der Lage ist - entnehme.¹⁴⁶⁾ Diese Frage aufwerfen, heißt sie negativ beantworten. Das Recht kann zwar an den physischen - und psychischen - Tatsachen nicht achtlos vorübergehen. Aber die naturwissenschaftliche Untersuchung

144) so das - eingehend begründete - Urteil von Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Festgabe für Hänel, I, 48 ff, 65/66

145) v. a. durch Zitelmann: Die juristische Willenserklärung, Iher Jahrb. 16, 35; ders., Irrtum und Rechtsgeschäft. - Ganz in meinem Banne steht Henle, Vorstellungs- und Willens-
theorie

146) vgl. Schloßmann, GrünhutsZ 7, 543 ff

ersetzt nicht die eigentlich juristische Bewertung;¹⁴⁷⁾ folgerichtig muß man davon ausgehen, daß rein psychologische - oder andere seinsmäßige - Beobachtungen für sich keine ausreichende Grundlage für das rechtliche Urteil bilden.

Dagegen muß man der obergerichtlichen Praxis wesentliche Bedeutung beimessen. So bildet denn auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine der stärksten Stützen der Argumente gegen das Erklärungsbewußtsein.¹⁴⁸⁾ 148a) -

Es ist zu beachten, daß mit Unrecht das hier zu erörternde Problem oft im Rahmen der Fallgruppen diskutiert wird, die üblicherweise mit "stillschweigende Willenserklärung" oder auch "Schweigen im Rechtsverkehr" überschrieben werden.¹⁴⁹⁾ Dies hier zu tun, brächte vom eigentlichen Felde der Willenserklärung, um das es alleine geht, ab; die Fiktionen, die hinter diesen Begriffen in solchen Zusammenhängen stehen, ver-

147) vgl. Binder, Wille und Willenserklärung, 33, 38, 40, 46 u. pass.

148) s. Bartholomeyczik, Festschrift für Ficker, 52, 64 ff

148a) Man hat den Eindruck, daß die Instanzgerichte immer noch - wenigstens zum Teil - der Lehre von der Erheblichkeit eines Erklärungsbewußtseins anzuhängen scheinen; vgl. die Bemerkungen in BGH NJW 1968, 2103

149) vgl. hierzu etwa: Himmelschein, Beiträge, 30 ff; Pärn, Vertragswirkungen ohne Vertragsschluß, pass.; Fischgode, Bedeutung des Stillschweigens auf Vertragsanträge, pass.; Wedemeyer, Abschluß des obligatorischen Vertrages, pass.; neuerdings Götz, Schweigen, 16 u. pass.

decken einen ganz anders gearteten Problemhintergrund:¹⁵⁰⁾ Bei der Einordnung derartiger Tatbestände in den Begriff der Willenserklärung spielen oft ganz außerhalb der Rechtsgeschäftslehre liegende Gesichtspunkte eine Rolle.¹⁵¹⁾ Weitere Auseinandersetzung mit diesen Lehren gehört nicht in den Kreis der hier anzustellenden Erwägungen; dies nicht gerade, weil es sich um Ausnahmefälle handle¹⁵²⁾ - solche a priori aus einer Theorie auszuschneiden, ginge nicht an -, sondern weil die Versuche, auch ganz außerhalb der Sphäre des Rechtsgeschäfts liegende Fälle durch Zurücknahme und Einebnung der Positionen in der Lehre von der Willenserklärung¹⁵³⁾ mit vertraglichen Rechtsfolgen auszustatten, die eigentlichen Fragen nicht beantworten konnten.¹⁵⁴⁾ 154a) -

-
- 150) kritisch bereits Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung, 173 ff u.pass.; Hanau, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165, 244, 256; Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, Festschrift für Nipperdey (1965) I, 373 ff, 391; auch Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, 20 ff
- 151) vgl. oben S. 40 Anm. 1 sowie Himmelschein, Beiträge, 116 f
- 152) Es wäre Aufgabe der Rechtssoziologie, das Verhältnis von Regel und Ausnahme in der Rechtswirklichkeit solcher Fälle einmal zu untersuchen.
- 153) bis zu dem allumfassenden Begriff des "rechtswirksamen Verhaltens".
- 154) Darin liegt der richtige Kern der Theorie von Haupt (über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Siber, 1 ff); vgl. Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Celle-Festschrift, 263, 264, 265. Im übrigen enthält diese Lehre eine Vermengung von disparaten Tatbeständen infolge einer Verwechslung von Nicht-Vertrag und nichtigem Vertrag: vgl. Esser, Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse, AcP 157, 91 u. ff; deutlich Flume, Rechtsgeschäft, 102, Anm. 14; ähnlich Wieacker, Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung, ZAkDR 1943, 34.
- 154a) Kritisch auch Flume, Rechtsgeschäft und rechtlich relevantes Verhalten, AcP 161, 60 ff, 63

Der Bundesgerichtshof soll nunmehr, nach anfänglicher Unentschlossenheit,¹⁵⁵⁾ in der Entscheidung vom 22. Juni 1956^{155a)} die entscheidende Schwenkung vollzogen haben:¹⁵⁶⁾ Der das Erklärungsbewußtsein verdrängende Wille, sich rechtlich zu binden, sei in den Geschäftswillen zu integrieren und durch "wertende" Auslegung zu ermitteln.^{156a)}

Das Reichsgericht hatte sich aus dem Streit um die Bedeutung des Erklärungsbewußtseins - trotz einer gewissen positiven Tendenz¹⁵⁷⁾ - weitgehend herausgehalten.^{157a)} In seiner Entscheidung vom 10. Februar 1952 hat der Bundesgerichtshof die Frage ausdrücklich offengelassen. Angesichts dieser Tatsache muß es auffallen, daß in dem späteren Erkenntnis (vom 22. Juni 1956) der Ausdruck "Erklärungsbewußtsein" nicht ein einziges Mal vorkommt; es fehlt auch jede Bezugnahme auf das frühere Urteil. Diese Umstände legen den Gedanken nahe, daß der Bundesgerichtshof das Problem des Erklärungsbewußtseins gar nicht lösen wollte, daß vielmehr seine Argumente in eine ganz andere Richtung zielen. - Folgender Fall war

155) vgl. U. v. 10. Febr. 1952, NJW 1953, 58

155a) BGHZ 21, 102. Die Begründung des BGH wird u. a. abgelehnt von Flume, Rechtsgeschäft, 90 ff.

156) so Bartholomeyczik, Festschrift für Ficker, 52, 66 ff

156a) Bartholomeyczik, aaO, 66, nach BGHZ 21, 106, 107. Beide Elemente werden streng getrennt z. B. bei Schlegelberger-Vogels-Becker, Rdn. 11 vor § 104

157) vgl. RGZ 68, 401; 118, 336; 158, 44

157a) vgl. etwa RGZ 122, 138; 157, 228; sowie die Bemerkungen von Bartholomeyczik, aaO, 64, 65

zu entscheiden: Eine Speditionsgesellschaft hatte einem Fuhrunternehmen zur Überbrückung einer augenblicklichen Notlage einen Kraftfahrer als Aushilfe abgeordnet. Infolge der Unachtsamkeit des Fahrers war der von diesem gelenkte Lastzug beschädigt worden; nunmehr machte das Fuhrunternehmen Schadensersatzansprüche gegen die Speditionsgesellschaft geltend. -

Der BGH hatte zunächst zu prüfen, ob die Überlassung des Fahrers aufgrund einer vertraglich eingegangenen Verpflichtung erfolgte.¹⁵⁸⁾ Hier hätte eine Erörterung der Frage des Erklärungs- bzw. Bewußtseins stattfinden können; dies unterbleibt jedoch. Statt dessen kommt der BGH ohne weiteres zu dem Ergebnis, daß die Abstellung des Aushilfsfahrers lediglich als eine Gefälligkeit anzusehen sei.^{158a)} Folgerichtig sind die anschließenden Erwägungen der Frage gewidmet, welche Folgen diese Gefälligkeitshandlung habe. Mit der Einordnung in die Kategorie der Gefälligkeit sind aber im Prinzip die Weichen gestellt. Der Rückgriff auf die unentgeltlichen Verträge¹⁵⁹⁾ ist angesichts dessen ein Abweg. Denn eben der - auch vom BGH betonte - Umstand, daß auch unentgeltliche Vereinbarungen Vertragscharakter besitzen können (vgl. §§ 516, 662 BGB), hat zu der Ausscheidung der Sondergruppe der bloßen Gefälligkeiten geführt.¹⁶⁰⁾ Dann aber ist es zumin-

158) BGHZ 21, 105

158a) BGH, aaO, 105

159) BGH, aaO, 106

160) vgl. etwa Palandt-Heinrichs, Anm. 2 vor § 241; Soergel-Reimer-Schmidt, Rdn. 3, 4 zu § 241; auch Reuß, AcP 154, 485 ff, 499; Zweigert, Seriositätsindizien JZ 1964, 349 ff; auch RGZ 65, 314

dest gefährlich, den Ausdruck "Gefälligkeit" - unausgesprochen - als Oberbegriff zu verwenden.¹⁶¹⁾
- Die Abgrenzung der Unterbegriffe soll anhand einer Prüfung des "Rechtsbindungswillens" vorgenommen werden.¹⁶²⁾ Sie erfolgt rein objektiv.^{162a)}
Ein konkreter Inhalt dieses Willens zeigt sich nicht. Er hat auch bei der Grenzziehung zwischen Vertrag und Nicht-Vertrag nicht die ihm zugesonnene Funktion; vielmehr ist er in den Problembereich des sogenannten Geschäftswillens einzuordnen.¹⁶³⁾ -

Der BGH verfolgt den von ihm angedeuteten Weg dann auch selbst nicht weiter. Im Ergebnis leitet er nämlich aus dem "Gefälligkeitsverhältnis" eine Aufklärungspflicht (hinsichtlich der Befähigung des abgeordneten Kraftfahrers) ab.¹⁶⁴⁾ Die Verletzung dieser Pflicht führt zu einer Haftung, die der wegen sogenannter "culpa in contrahendo" entspricht.¹⁶⁵⁾ Der BGH widerspricht sich also selbst, wenn er ausführt, die Beklagte habe die Pflicht gehabt, einen zuverlässigen Fahrer zur Verfügung zu stellen.¹⁶⁶⁾ Daß er daran nicht ernsthaft festhalten will, zeigen die unmittelbar anschließenden "Folgerungen": Die Beklagte habe auf die Bedenken gegen einen Einsatz des Fahrers hinweisen müssen. Denn dieser Satz folgt gerade nicht aus

161) Bei solcher Ordnung läßt man leicht die "differentia specifica" außer acht - wie geschehen.

162) BGHZ 21, 105

162a) BGH, aaO, 105, 106

163) vgl. oben S. 28 ff. Dahin gehen, wenngleich mit anderer Intention, auch die Überlegungen von Bartholomeyczik, Festschrift für Ficker, 65, 66

164) BGH, aaO, 112

165) BGH, aaO, 107, 112

166) BGH, aaO, 108

dem Vorangehenden. In ihm liegt aber der eigentliche Schwerpunkt der Entscheidung.¹⁶⁷⁾

Daß der BGH selbst nicht die Absicht hatte, das Problem des Erklärungsbewußtseins zu lösen, wird durch einen weiteren Umstand bestätigt. In seiner Entscheidung vom 11. Juli 1968¹⁶⁸⁾ erwähnt er diese Frage als strittig und läßt sie, nach längerer Erörterung, offen.^{168a)} Dabei fehlt indes jegliche Anknüpfung an das Urteil vom 22. Juni 1956, die sich geradezu aufgedrängt hätte, wenn der BGH in diesem wirklich ein definitives Votum hätte abgeben wollen und abgeben hätte.

Wenn daher ausgeführt wird, auf der vom BGH geschaffenen Basis könne und müsse das Erklärungsbewußtsein völlig in den Geschäftswillen integriert werden¹⁶⁹⁾ (also in der Rechtsfolgen-/Inhaltsseite des gesamten Komplexes), so wird dies durch die Rechtsprechung nicht gedeckt. Soweit geht der BGH gerade nicht. -

Ein solches Verfahren stößt aber auch auf andere Bedenken. Wie in den allgemeinen Erörterungen zur Willensseite dargelegt, war zwischen der Frage nach der Bedeutung des Erklärungsbewußtseins und der nach der Qualifikation des Geschäftswil-

167) s. auch die nur das Ergebnis gutheißende Kritik von Flume, Rechtsgeschäft, 91

168) BGH NJW 1968, 2102

168a) BGH, aaO, 2103. Dies kritisiert zu Recht Berg, NJW 1969, 604, aus Gründen, die nicht hierhergehören

169) wie Bartholomeyczik, aaO, 66, ausführt; ähnlich im Ergebnis, aber von anderem Ausgangspunkt her, Rothoef, Irrtumslehre, 77

lens streng zu unterscheiden.¹⁷⁰⁾ Zu dem letzteren Komplex gehört aber auch der sogen. Rechtsbindungswille als unbestimmter Geschäftswille. Ob eine Erklärung überhaupt vorliege, entscheidet sich daher nicht nach diesem Kriterium.

- e) Regelungsgegenstand des § 119 BGB ist somit nicht auch ein Irrtum über den Erklärungswert des eigenen Verhaltens. Diese Vorschrift setzt vielmehr voraus, daß der Handelnde sich wenigstens bewußt ist, daß andere seinem Verhalten eine solche Bedeutung beimessen könnten.¹⁷¹⁾ 171a)

5. § 123 BGB¹⁷²⁾

Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß von dem Tatbestande des § 123 allein die Modalität der Drohung von Interesse ist. Hier ist die Frage aufzuwerfen, ob der dem Gezwungenen abgenötigten Willenserklärung ein Erklärungsbewußtsein

170) vgl. oben S. 28 ff. s. auch Binder, Wille und Willenserklärung, 76 ff, 79

171) so auch die h.M., vgl. Ellinghaus, Willens-
theorie, pass., vgl. 123 f; Enneccerus-Nip-
perdey, § 145 II A 4; Götz, Schweigen, 67 ff;
Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Wil-
lenserklärung, Festschrift für Nipperdey,
1965, I, 381; Lehmann-Hübner, § 34 III 1 b;
BGB-RGRK-Krüger-Nieland, Anm. 6 zu § 119;
Staudinger-Coing, Rdn. 4, 12 zu § 119

171a) wegen Grund und Zweck der Regelung s. den
Schlußteil. Vgl. auch Götz, aaO, 67 f

172) Zur Entstehungsgeschichte vgl. Mot. I,
204 ff; Prot. 247 ff (Mugdan I, 722 f)

korrespondiere. Wäre dies nicht der Fall, so böte das den Gegnern der Lehre von der selbständigen Bedeutung eines solchen Elements ein gewichtiges Argument: Wenn eine derart zustande gekommene, d.h. ohne Erklärungsbewußtsein abgegebene Erklärung gleichwohl angefochten werden müßte, dann ließe sich hieraus der Schluß ziehen, daß es allgemein auf ein solches subjektives Merkmal nicht ankomme.¹⁷³⁾

So findet sich die Ansicht, daß gerade in § 123 der Gedanke der Erklärungszurechnung ohne Erklärungsbewußtsein zum Ausdruck komme.¹⁷⁴⁾ Es wird jedoch nicht erläutert, inwiefern bei einer solchen Erklärung das Erklärungsbewußtsein fehle. Soweit eine Begründung in dem Hinweis liegen soll, daß beim Zwang ein rechtsgeschäftlicher Erfolgswille nicht vorliege,¹⁷⁵⁾ so folgt daraus für den Beweisgegenstand nichts. Einmal werden mit einer solchen Feststellung offene Türen eingerannt;¹⁷⁶⁾ zum andern verschiebt sich die Frage lediglich weiter auf die nach dem Verhältnis dieses Willens zum Erklärungsbewußtsein.¹⁷⁷⁾ Auf diesem Wege kann das letztere daher nicht umgangen werden.

173) Auf die entgegengesetzte Möglichkeit, nämlich daß bei Drohung und Zwang schon der "Eindruck" einer Willenserklärung entfällt, braucht hier nicht eingegangen zu werden; s. dazu Küchenhoff, Nicht-Willenserklärung und anfechtbare Willenserklärung, LZ 1931, 303

174) so Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 218 f

175) Manigk, Anwendungsgebiet, 282

176) s. dazu Binder, Wille und Willenserklärung, 32

177) vgl. oben S. 28 ff

Andererseits zeigt sich - in enger Berührung mit dem Fall des geheimen Vorbehalts -, daß gerade dann, wenn der Handelnde die Rechtsfolge der abgepreßten Erklärung nicht will, denkwürdig ein Bewußtsein vom Sinn des eigenen Verhaltens als Erklärung vorhanden sein muß.¹⁷⁸⁾ Mehr als diese - mittelbare - Auskunft ist durch die Untersuchung des § 123 BGB nicht zu gewinnen.¹⁷⁹⁾

6. § 130 BGB ¹⁸⁰⁾

- a) Ob § 130 Abs. 1 BGB eine Antwort auf die Frage nach der Bedeutung eines Erklärungsbewußtseins enthalte, erscheint auf den ersten Blick zweifelhaft. Sicher ist, daß die Regelungsabsicht der Verfasser und Redaktoren in eine andere Richtung zielte: Ihnen ging es darum, den gemeinrechtlichen Streit um den Zeitpunkt, in welchem die Willenserklärung wirksam - und damit bindend - wurde (Abgabe, Empfang, Vernehmung/Kenntnis),¹⁸¹⁾ im Sinne der Empfangs- oder

178) vgl. auch Henle, Vorstellungs- und Willens-
theorie, 370. Daß ein echter geheimer Vor-
behalt nicht vorliege, ist nicht besonders
zu betonen, vgl. Kohler, Mentalreservation
und Simulation, Iher Jahrb. 16, 91, 96 ff;
Henle, Anfechtbarkeit wegen Drohung, Fest-
schrift für Zitelmann, 53

179) Dies auch nur wegen der genannten Parallele
zu § 116 BGB, s. oben S. 60 ff

180) Zur Entstehungsgeschichte vgl. Mot. I, 156
ff; Prot. 144 ff (Mugdan I, 685 ff). - Ge-
genstand des Interesses ist allein Abs. 1

181) vgl. dazu nur Windscheid, Pandekten, I,
§ 72 u. II, § 306. Ausführlich zum Ganzen:
Bolz, Wirksamwerden von Willenserklärungen
unter Abwesenden, 5 u. pass.

Zugangstheorie zu entscheiden.¹⁸²⁾ Daß dies so ist, zeigen auch die nachfolgenden §§ 131 und 132. Sie stellen eine logische Fortführung dieser Gedanken dar und präzisieren die angegebene Richtung.

- b) Demgegenüber entnimmt eine Gruppe von Autoren¹⁸³⁾ der Vorschrift des § 130 Abs. 1 eine Aussage, die auch für den Komplex des Erklärungsbewußtseins relevant sein soll. Nach dieser Lehre ist der von den Verfassern des Gesetzes ins Auge gefaßte Regelungsgegenstand ganz nebensächlich.¹⁸⁴⁾ Wesentlich sei, daß die Abgabe der Erklärung dem Kundgebungs zweck des Subjekts entspreche.^{184a)} Da jede Erklärung "kundgegeben" werden müsse, gebe es nur "empfangsbedürftige" Willenserklärungen.¹⁸⁵⁾ 185a)

Der Weg zu solchem Ergebnis ist, in groben Strichen gezeichnet, folgender: Alle Willenserklärungen

-
- 182) vgl. Mot. I, 156 ff u. Prot. 144 ff (Mugdank I, 685); sowie Staudinger-Coing, Rdn. 1, 2 zu § 130
- 183) v. a. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 175, 192 ff, 312 ff u. pass.; ders., Irrtum und Auslegung, 108, 109, 112; ders., Das Wesen des Vertragsschlusses, Iher Jahrb. 75, 127, 143; ders., Das rechtswirksame Verhalten, 130 ff, 142 u. pass.; auch Schuster, Erklärungsbewußtsein, pass.; ähnlich Hellmann, Manigk-Rezension, KritVJSchr 48, 217, 221
- 184) Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 299
- 184a) Manigk, aaO; auch ders., Willenserklärung und Willensgeschäft, 175
- 185) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 340. In diesem Sinne auch Lonsky, Abgabe empfangsbedürftiger Willenserklärungen in Testamenten, pass.; Schuster, Erklärungsbewußtsein, 10 ff
- 185a) s. auch oben S. 47 f u. Anm. 22 ff ibid.

gen sind auf einen Gegner bezogen, da sie (nur) ein Kundgebungsmittel für den Geschäftswillen sind.¹⁸⁶⁾ Das Erfordernis des Kundgebungs zweckes findet sich auch in § 130 BGB. Weil aber alle Willenserklärungen kundgegeben werden müssen, ist die Differenzierung in empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige (Willenserklärungen) aufgehoben. (Dieser Schluß wird durch die Bemerkung, das BGB spreche an keiner Stelle von einer "Willenserklärung, die nicht einem anderen gegenüber abzugeben ist"¹⁸⁷⁾ nicht eben bestätigt; das Gesetz verwendet, z.B., auch nirgendwo den Begriff "unbewegliche Sache".) Alle Willenserklärungen müssen gegenüber anderen abgegeben werden.¹⁸⁸⁾ Willenserklärung ist dann nur das, was mit dem Vorsatz der Kundgebung an einen anderen verlautbart wird.¹⁸⁹⁾ Alle anderen rechtsgeschäftlichen Akte sind demgegenüber "Willensgeschäfte".¹⁹⁰⁾ Diese Aufspaltung hebt zu stark auf die Erklärung (im wörtlichsten Sinne) als Element der Erklärung ab. In Wirklichkeit geht es aber nur um die Lösung des Irrtumsproblems bei den sogen. Willensgeschäften.¹⁹¹⁾ Davon kann aber die Abgrenzung des Begriffs der Willenserklärung nicht abhängig gemacht werden.¹⁹²⁾

186) Manigk, aaO (Anm. 185), 86, 175, 188

187) Manigk, System der juristischen Handlungen, Iher Jahrb. 83, 1, 40

188) auch das Testament! Vgl. Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 305

189) Manigk, aaO (Anm. 188), 142

190) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 450 u. pass.

191) so schon Manigk, Anwendungsgebiet, 175 ff. Doch auch dieses eigentlich leitende Prinzip kann nicht durchgehalten werden: Manigk selbst muß auch für Fälle des Willensgeschäfts die Notwendigkeit einer Anfechtung wegen Irrtums zugestehen, vgl. Iher Jahrb. 83, 104

192) s. Flume, Rechtsgeschäft, 77

Schließlich verwendet diese Lehre die Apposition "einem anderen gegenüber" ohne weiteres in einem ganz anderen Sinne als das Gesetz. Dem BGB geht es um den Zeitpunkt, zu dem die einem individuellen anderen gegenüber abzugebende Erklärung wirksam wird. Die oben wiedergegebene Ansicht macht jedoch aus der (inhaltlich) auf andere Rechtsgenossen bezogenen Willenserklärung¹⁹³⁾ eine solche, die einem anderen gegenüber abzugeben ist und fordert daher für jegliche Erklärung den Kundgebungsvorsatz.

Die allgemeine Richtung der Willenserklärung auf andere ist nicht Regelungsgegenstand des § 130 BGB. Diese Vorschrift gibt somit zur Frage nach einem (mit dem Kundgebungszweck vermengten¹⁹⁴⁾) Erklärungsbewußtsein keinen Lösungshinweis.

7. § 133 BGB 195) 195a)

- a) Die Auslegungsvorschrift des § 133 kann in zwiefacher Hinsicht Bedeutung haben: Zum einen, wenn man fragt, ob der Paragraph eine Aussage

193) was keineswegs ausschließlich ihre eigene Entdeckung ist: vgl. Soergel-Hefermehl, Rdn. 14 vor § 116

194) was ohnedies Bedenken erregt, vgl. oben S. 47 f

195) Wegen der Entstehungsgeschichte vgl. Mot. I, 154, 155; Prot. 144 (Mugdan I, 685); sowie die Kommentierung von Staudinger-Coing, Rdn. 2, 3 zu § 133

195a) Da § 157 mit Bezug auf gegenwärtiges Problem keinen anderen Aussagewert hat, wird von einer besonderen Untersuchung abgesehen. Die Doppelung der Vorschriften rührt von der früheren Einordnung der Verträge ins Obligationenrecht her

zur Erforderlichkeit eines Erklärungsbewußtseins im Tatbestand der Willenserklärung enthalte; solann, wenn es darum geht, wie zu verfahren sei, wenn es zweifelhaft ist, ob ein Erklärungsbewußtsein vorhanden war ("ob eine Willenserklärung vorliege", wie es teilweise etwas ungenau ausgedrückt wird:¹⁹⁶⁾ denn der Tatbestand kann aus vielen Gründen zweifelhaft sein, gegen die die Auslegung nicht zu helfen vermag). Beide Gesichtspunkte, wiewohl nicht unabhängig voneinander, sind genau auseinanderzuhalten. Es bedarf keiner besonderen Ausführungen dazu, daß in dem hier interessierenden Zusammenhang allein die zuerst genannte Frage zu erörtern ist. Denn es geht um den Tatbestand der Willenserklärung als solchen.¹⁹⁷⁾

-
- 196) vgl. Binder, Wille und Willenserklärung, 66; Himmelschein, Beiträge, 44; Hölder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, Iher Jahrb. 55, 437; Larenz, Auslegung, 82 u. ff; ders., Allg. Leil, 345
- 197) Es versteht sich von selbst, daß es ein Widerspruch in sich wäre, wollte man sagen, das Erklärungsbewußtsein habe keine selbständige Bedeutung, und es sei durch Auslegung zu ermitteln, ob es vorliege. Andererseits wäre es nicht undenkbar, daß man, wenn feststeht, daß ein solches selbständiges subj. Element erforderlich sei, dessen Vorhandensein nach Auslegungsgrundsätzen prüft. Damit wird aber noch nicht aus zwei Fragen eine; vgl. auch Wieacker, Auslegung, JZ 1967, 388. - Wenn hingegen darauf hingewiesen wird, daß Feststellung des Tatbestandes einer Willenserklärung und dessen Auslegung oft uno actu vollzogen würden (vgl. Soergel-Hefermehl, Rdn. 8 vor § 116), so verwischt dies den Umstand, daß in Einzelfällen derart verfahren werden mag, wenn nach der Sachlage allein das "ob" zweifelhaft ist. Wenn dann die Ermittlung der Erklärungsbedeutung keinerlei Fragen aufwirft - wer die Straßenbahn besteigt, will entweder "schwarz" fahren oder einen Beförderungsvertrag nach den allgemeinen Bedingungen eingehen -, ist leicht der inkorrekte Rückschluß möglich, daß auch die Feststellung des Tatbestandes bereits Ergebnis einer "echten" Auslegung sei.

- b) Eine unmittelbare positive Aussage über die Bedeutung eines Erklärungsbewußtseins enthält § 133 nicht. Dies wird auch, soweit ersichtlich, von niemand angenommen. - Damit sind indes nicht alle weiteren Überlegungen abgeschnitten. Es erscheint als möglich, daß das Verständnis dieser Vorschrift einen Rückschluß zur Klärung des Problems des Erklärungsbewußtseins gestattet. Ohne eine kurze Erörterung der Grundgedanken zu § 133 ist daher nicht auszukommen.

Die Statuierung einer Rechtsnorm vom Inhalt des § 133 war zu keiner Zeit ohne Widerspruch geblieben.¹⁹⁸⁾ Vor allem machte man geltend, die Vorschrift sei überflüssig¹⁹⁹⁾ oder sie passe nicht in das BGB.²⁰⁰⁾ Mit der ganz überwiegenden Meinung²⁰¹⁾ muß man demgegenüber dem § 133 vor allem den Regelungszweck entnehmen, daß eine Buchstabenauslegung ausgeschlossen sein und vielmehr, unabhängig von der gewählten Ausdrucksweise, der Absicht des Erklärenden weitestgehend Beachtung geschenkt werden solle.

Bei aller Vielfalt der Ansichten - die hier nicht darzustellen ist - läßt sich als allgemein akzeptable Formulierung festhalten, Ziel der Auslegung sei nicht lediglich Willenserforschung, sondern (auch) Ermittlung der für die Beteiligten

198) vgl. schon Prot. 144. Bezeichnenderweise die "wohlthätige Wirkung" des inhaltsgleichen Art. 278 ADHGB besonders betont.

199) Zitelmann, Rechtsgeschäfte im Entwurf, I (zu § 73 E I); s. auch Flume, Rechtsgeschäfte und Privatautonomie, J-T-Festschrift, I, 10.

200) Himmelschein, Beiträge, 25.

201) statt aller: Staudinger-Coing, Rdn. 6 ff. zu § 133, m. w. N.

maßgeblichen Erklärungsbedeutung.²⁰²⁾ (Daß die Eigenart des jeweils zu beurteilenden Willensaktes die Methode der Auslegung beeinflusst, bedarf keiner weiteren Erwähnung.²⁰³⁾) Die Kriterien für solche Maßgeblichkeit - hier interessieren nur die Geschäfte inter vivos - sind mannigfaltig. Sicher ist, daß es nicht allein auf die rein subjektiven Vorstellungen des Handelnden von der Bedeutung seiner Erklärung ankommt.²⁰⁴⁾ Vielmehr ist darauf abzustellen, ob das, was der Erklärende bezweckt hat, dem Gegner erkennbar war,²⁰⁵⁾ ob der Erklärende damit rechnen konnte, daß seine Absicht nicht verkannt werde,²⁰⁶⁾ ob der Gegner darauf bauen durfte, daß der von ihm verstandene Sinn dem Erklärenden nicht entgangen sei oder nicht entgehen konnte.²⁰⁷⁾

Mit der Kenntnis der Maßstäbe, die es gestatten, das (Erklärungs-) Verhalten eines anderen in dieser Weise zu beurteilen, ist jedoch noch keine Antwort auf die weitere Frage gegeben, welcher Umstand es denn rechtfertigt, überhaupt eine sol-

-
- 202) vgl. Larenz, Auslegung, 70 ff; Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 132, 133
203) s. dazu Westermann, Die Anpassung der Auslegungsmethode, Festschrift für Karl Arnold, 281 ff
204) vgl. nur F. Leonhard, Auslegung, AcP 120, 79; Manigk, Irrtum und Auslegung, 198 ff; s. auch Palandt-Danckelmann, Anm. 4 zu § 133
205) s. Manigk, Irrtum und Auslegung, 205. Damit soll nicht zu der sogen. Andeutungstheorie Stellung genommen werden; hierzu ausführlich Brox, Irrtumsanfechtung, 109 ff
206) vgl. Larenz, Auslegung, 70 ff, 73
207) vgl. Flume, J-T-Festschrift, I, 195, 196

che Prüfung vorzunehmen.²⁰⁸⁾ Dieser kann nur darin gesehen werden, daß die juristische Willenserklärung sich sozusagen "bewußt" an den oder die Rechtsgenossen wendet und Beachtung der in ihr angeordneten Regelung verlangt. Dies setzt § 133 BGB unausgesprochen voraus. Der Handelnde muß also, will man die - immerhin ihn auch belastenden - Auslegungsregeln auf sein Verhalten anwenden, wenigstens das Bewußtsein gehabt haben, daß dieses Verhalten eine Beziehung zu anderen zu bewirken geeignet sei.²⁰⁹⁾

§ 133 BGB enthält somit, nach diesem Verständnis, mittelbar einen Hinweis darauf, daß dem Erklärungsbewußtsein im Tatbestand der Willenserklärung die Bedeutung eines selbständigen Elements zukomme.²¹⁰⁾

8. § 139 BGB ²¹¹⁾

Die Vorschrift des § 139 hat an sich keinen Platz - aus eigenem Rechte, wenn man so will - im Rahmen einer Untersuchung wie der vorliegen-

208) vgl. dazu auch Wieacker, Auslegung, JZ 1967, 388

209) s. auch Wieacker, aaO, 388 ff m. w. N. Ähnlich, wenngleich mit anderen Folgerungen: Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 271. Entsprechend - zum Irrtumsproblem, das engstens damit zusammenhängt - Götz, Schweigen, 67 f

210) Wegen der Möglichkeit, das Vorliegen des Erklärungsbewußtseins nach § 133 festzustellen, vgl. den Schlußteil, unten S. 118 f

211) zu der hier nicht besonders interessieren- den Entstehungsgeschichte vgl. Mot. I, 222; Prot. 276 ff (Mugdan I, 735 f)

den. Eine eigene Aussage zu dem Problem des Erklärungsbewußtseins ist von ihr nicht zu erwarten. Dennoch ist ihrer kurz Erwähnung zu tun, und zwar wegen der Art und Weise, in der § 139 durchgehend angewandt wurde und wird. Denn die Norm wird so verstanden, daß die Beteiligten wirklich ein Rechtsgeschäft gewollt hatten, dessen Nichtigkeit ihnen nicht zu Bewußtsein kam.²¹²⁾ Dagegen soll § 139 da nicht zum Zuge kommen, wo die Parteien von vornherein die Nichtigkeit eines Teils ihrer Abreden kannten; in diesen Fällen soll der "nichtige Teil" nicht Rechtsgeschäft, nicht einmal als ein "nichtiges" im eigentlichen Sinne angesehen werden.²¹³⁾ Der Grund für solche Beurteilung liegt darin, daß für beide Teile erkennbar dem Geschäftswillen keinerlei rechtliche Qualifikation zukam.²¹⁴⁾ Andererseits ist nicht zu bezweifeln, daß beide Teile sich dessen bewußt waren, daß sie eine Erklärung abgaben. § 139 BGB deckt insoweit die Annahme, daß das Bewußtsein, eine Erklärung abzugeben, nicht dasselbe sei (und nicht so zu behandeln sei) wie der Wille, sich rechtlich an etwas zu binden, der Geschäftswille.²¹⁵⁾

212) vgl. den in der Einleitung mitgeteilten Fall RGZ 68, 322; auch RGZ 137, 29

213) vgl. etwa Palandt-Danckelmann, Anm. 2 zu § 139; u. Soergel-Hefermehl, Rdn.9 vor § 116, m. w. N.

214) vgl. RGZ 68, 324; RGZ 137, 33: "der Wille, sich rechtlich zu binden, fehlte". In diesem Sinne - und weitergehend - versteht auch Bartholomeyczik, Festschrift für Ficker, 53, die zuerst genannte Entscheidung

215) Dagegen soll in eine Untersuchung des für § 139 in anderem Zusammenhange eine Rolle spielenden hypothetischen Willens - vgl. etwa RGZ 122, 142 - nicht eingetreten werden. Hieraus noch Aussagen über das Erklärungsbewußtsein gewinnen zu wollen, dürfte zu weit gehen; vgl. auch Bartholomeyczik, aaO, 65

9. § 151 BGB 216)

Die letzte der besonders zu untersuchenden Vorschriften ist der viel kritisierte § 151, und zwar dessen Satz 1. Ein hierbei häufig angewandtes Verfahren ist dies: Zunächst wird geprüft, welche Willensregungen in den einzelnen relevanten Handlungsstadien erkennbar seien,²¹⁶⁾ sodann (und anhand der Ergebnisse dieser Prüfung) wird erörtert, ob das Annahmehandeln als Willenserklärung aufzufassen sei oder nicht. Statt dessen soll hier zuerst auf die Frage eingegangen werden, ob von Gesetzes wegen die sogenannte "stille Vertragsannahme" als Willenserklärung anzusehen sei. Kann dies bejaht werden, so ist hernach zu erörtern, ob in dieser Willenserklärung ein Erklärungsbewußtsein als selbständiges Element eine Rolle spielen könne.

- a) In einem Maße, wie es bei den anderen hier untersuchten Vorschriften des II. Abschnitts des Allgemeinen Teils nicht festzustellen ist, ist für das Verständnis des § 151 das Studium der Gesetzesmaterialien so unumgänglich wie unbefriedigend. Nicht zuletzt wegen der durch die Verfasser und Redaktoren geschaffenen Unklar-

216) Zur Entstehungsgeschichte s. Mot. I, 171 Prot. 171 ff (Mugdan I, 692 ff). Aus der Literatur vgl. v.a. Burgsmüller, Bedeutung des § 151 BGB; Himmelschein, Beiträge zur Lehre vom Rechtsgeschäft; Pärn, Vertragswirkungen ohne Vertragsschluß; Wedemeyer, Abschluß des obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen; s. etwa Himmelschein, Beiträge, 55 ff; Pärn, Vertragswirkungen, 21 ff; Wedemeyer, Abschluß, 87 ff

heiten halten einige²¹⁸⁾ die Vorschrift für mißglückt und unverständlich.

Der erste Eindruck ist, daß die Verfasser des endgültigen Textes von Inhalt und Praktikabilität der von ihnen gewählten Regelung selbst nicht völlig klare Vorstellungen hatten;²¹⁹⁾ gleichwohl ist eine Präzisierung gegenüber dem ersten Entwurf²²⁰⁾ nicht zu verkennen. Die Vorschrift erfuhr bis zu ihrer endgültigen Fassung eine tiefgreifende Umwandlung, deren Gründe die Materialien nicht recht deutlich werden lassen. Daher rührt es, daß man sich zum Teil auf Argumente aus den Protokollen stützt, welche die 2. Kommission gerade nicht anerkannt hatte und nur im Rahmen der Begründung für die Verwerfung eines bestimmten Antrages referiert.²²¹⁾

Im übrigen ist § 151 im Wirkungsfeld zweier besonders umstrittener Doktrinen des gemeinen Rechts anzusiedeln: Es sind dies die Lehren von der Ungebundenheit des Offerenten an seinen

218) vgl. Himmelschein, Beiträge, 49 ff; Pärn, Vertragswirkungen, 15 ff, 58

219) vgl. etwa die eklektische Auffassung von § 86 des I. Entwurfs und die Begründung hierzu, die peinlich jede Präzisierung des Ausdrucks vermeidet, Prot. 174 f (Mugdan I, 692)

220) s. nur die Ausführungen in Mot. I, 171, wo kein Unterschied zwischen einer nicht empfangsbedürftigen Annahme-Erklärung und einer bloßen Annahme-Handlung gemacht wird. Zu diesem Komplex vgl. die Bemerkungen von Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 370.

221) Besonders auffallend Pärn, Vertragswirkungen, 4, 5, 22 u. pass.; die von ihm vertretene objektive Theorie wurde gerade nicht akzeptiert Prot. 175, 176. Dem gleichen Irrtum erliegt Hellmann, Lehre von der Willenserklärung, Iher Jahrb. 42, 426

Vertragsantrag und vom Wirksamwerden der Willenserklärung.²²²⁾ Den Verfassern war bei der Beratung des späteren § 151 nicht völlig bewußt, daß diese Komplexe durch die §§ 145 und 130 BGB geregelt waren (ein Umstand, der die Brauchbarkeit der meisten Argumente der gemeinrechtlichen Lehre stark herabsetzt). Dennoch läßt sich feststellen, was die Intentionen der Mehrheit in der 2. Kommission waren. Diese legte sich zwar nur auf eine "Betätigung des Annahmewillens" fest²²³⁾ und vermied den Ausdruck "Willenserklärung" ganz. Dies mag bemerkenswert sein,²²⁴⁾ doch zwingt dies nicht zu dem Schluß, man habe bei § 151 nicht an eine Erklärung der Annahme gedacht: Der Begriff "Willenserklärung" findet sich im 3. Titel überhaupt nicht, und auch von einer Annahmeerklärung ist bei weitem nicht in all den Vorschriften die Rede, in denen eine solche ganz sicher vorliegt.²²⁵⁾

- Es gibt auch weiteren Aufschluß. Hätte die 2. Kommission von dem allgemeinen Grundsatz des BGB, daß Verträge durch Willenserklärungen zustande kommen,²²⁶⁾ abgehen wollen, so hätte sie Anlaß gesehen, dies deutlich zu machen. Ihr lagen Anträge

222) vgl. dazu nur Koeppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Iher Jahrb. 11, 139; Sohm, Vertragsschluß unter Abwesenden mit einer incerta persona, ZHR 17, 16; sowie Windscheid, Pandekten, II, §§ 306, 307, m. w. N.

223) Prot. 175 (Mugdan I, 692 f)

224) worauf besonders Himmelschein, Beiträge, 51, hinweist

225) vgl. § 147 ("angenommen"), § 149 ("Annahmeerklärung"), § 150 ("Annahme"), § 152 ("Annahme") - gerade hier hätte der Ausdruck "Erklärung" nahegelegen, § 153 ("Annahme")

226) Diesen Grundsatz muß "folgerichtig" Pärn, Vertragswirkungen, 56 ff, als für seine objektive Theorie (auflösend bedingte Vertragswirkungen ohne eigentlichen Vertragsschluß) unpassend verwerfen. S. dazu auch unten S. 113 ff

vor, welche die Anordnung rein objektiver Rechtsfolgen für ein bestimmtes Verhalten des Antragsempfängers vorsahen.²²⁷⁾ Diesen wurde nicht stattgegeben. Vielmehr hielt die 2. Kommission daran fest, daß ein rechtsgeschäftlicher Akt des Annehmenden erforderlich sei.²²⁸⁾

Damit stellt sich die Frage, ob diese Vorstellungen im Gesetz auch angemessenen Ausdruck gefunden haben. Zwei Wendungen in Satz 1 des § 151 verlangen Aufmerksamkeit: "Ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht" sowie "eine solche Erklärung". Wie bei den Erörterungen zu § 119²²⁹⁾ ist auch hier zu prüfen, ob das Gesetz bewußt so eng gefaßt worden, ob der Wortlaut also verläßlich sei, oder ob statt dessen den Verfassern ein logischer Fehler unterlaufen sei. - Man könnte versucht sein, aus der Entstehungsgeschichte das zweite zu schließen. Doch zeigen die sehr eingehenden Erwägungen der 2. Kommission,²³⁰⁾ daß diese über den Text der von ihr zu beschließenden Vorschrift genaue Vorstellungen besaß. Man muß daher die Folgerung ziehen, daß das BGB in der Annahme nach § 151 eine Erklärung sieht, die lediglich nicht gegen-

227) vgl. Antrag 5, Prot. 171 ff

228) Prot. 175, 177, wo ausdrücklich das Tatbestandsmoment der Erklärung genannt wird. Diese Tatsache ist Pärn, aaO, 21, völlig entgangen.

229) vgl. oben S. 74 ff

230) s. Prot. 174, 175

über dem Antragenden abzugeben ist.²³¹⁾ Erklärung ist aber gleich Willenserklärung.

-
- 231) So auch die ganz überwiegende Mehrheit im Schrifttum: Botz, Wirksamwerden von Willenserklärungen unter Abwesenden, 90; J. Breit, Lehre vom Rechtsgeschäft, SächsArch 15, 637; Burgmüller, Bedeutung des § 151, 2; Fritzen, Die stillschweigende Willenserklärung im BGB, ArchBürgR 14, 216; Grünwald, Versteckter Dissens, 20; Holder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, Iher Jahrb. 55, 416, 417; Isay, Zur Lehre von der Willenserklärung, Iher Jahrb. 44, 52, 53; F. Leonhard, Auslegung, AcP 120, 90; Oertman, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 92; Rothoef, Irrtumslehre, 125; Rümelin, Handeln in fremdem Namen, AcP 93, 174; Unger, Culpae in contrahendo und faktisches Vertragsverhältnis, 48; Wagner, Kontrahierungszwang, 24; Wedemeyer, Abschluß des obligatorischen Vertrages, 76, 81 u. pass.; Zlotnitzki, Schweigen, 17, Anm. 8; Zunft, Anfechtbarkeit des Schweigens, NJW 1956, 276. Ähnliche Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 3; im Ergebnis entsprechend Soergel-H. Lange, Rdn., 5 zu § 151; v. Tuhr, Allg. Teil, II, 1, 468. Etwas zurückhaltender Rhode, Willenserklärung und Pflichtgedanke, 63. - Nicht in eigentlichem Gegensatz hierzu stehen die Autoren, die § 151 auch so verstehen, wie er verfaßt ist, und lediglich wegen des Fehlens von Kundgebung und Zugang in der - auch nach ihrer Ansicht rechtsgeschäftlich - Annahme keine echte Willenserklärung sehen wollen; vgl. Fabricius, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 9; Friedrichs, Der allgemeine Teil des Rechts, 62 (in un- erklärtem Widerspruch mit der genau entgegengesetzten Äußerung S. 56); Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen, Iher Jahrb. 56, 400; Junge, Erklärungshaftung, 40; Manigk, Willenserklärungen und Willensgeschäft, 365, 367; ders., Das rechtswirksame Verhalten, 107, 306, 308

Die Rechtsprechung, wann immer sie sich des § 151 BGB bediente,²³²⁾ hat sich in der Frage der Qualifizierung des Annahmeaktes nie zu einer Festlegung genötigt gesehen. Im übrigen darf darauf hingewiesen werden, daß besonders die reichsgerichtliche Judikatur meist atypische Fälle betrifft, in denen § 151, wenn überhaupt, überwiegend zu Unrecht bejaht wurde.²³³⁾ Welche Gründe oft tatsächlich hinter den Entscheidungen stehen, dürfte die - in anderem, wenngleich ähnlichem Zusammenhang angeregte²³⁴⁾ Gegenprobe zeigen: Wie wäre die Entscheidung ausgefallen, wenn bei gleicher Sachlage die Parteirollen vertauscht gewesen wären? - Der Einfluß von in diesem Komplex ganz irrelevanten Gesichtspunkten wurde bereits angedeutet.²³⁵⁾

Ganz außerhalb des Rahmens der bisherigen Erörterungen befindet sich die wohl gründlichste Untersuchung zu § 151.²³⁶⁾ Deren Autor lehrt (um das Ergebnis vorab zu nennen), die Annahme sei nicht rechtsgeschäftlicher Akt;²³⁷⁾ sie stelle vielmehr eine Verfügung dar, "zu welcher der Annehmende wohl befugt wäre, wenn er die

232) häufig v.a. das Reichsgericht. Vgl. Himmelscheins Referat, Beiträge, 115 ff. Der BGH ist erheblich zurückhaltender.

233) Himmelschein, Beiträge, 115; so v. a. die Entscheidungen RGZ 83, 104; 84, 320; 102, 370.

234) von Flume, Rechtsgeschäft und rechtlich relevantes Verhalten, AcP 161, 67 ff (betr. das Schweigen auf ein sogen. kaufmännisches Bestätigungsschreiben, BGHZ 1, 353)

235) s. oben S. 40 Anm. 1 sowie Himmelschein, Beiträge, 116, 117

236) Himmelschein, Beiträge

237) Himmelschein, aaO, 93

Offerte bereits angenommen hätte", die aber andernfalls als unbefugter eigenmächtiger Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zu beurteilen sei.^{237a)} Es soll sich demnach bei § 151 um einen gemischten Tatbestand handeln, welchem auch gemischte Rechtsfolgen (vertragliche/deliktische) zuzuordnen seien.²³⁸⁾ Der Vertrag entstehe sukzessive.²³⁹⁾ - In eine Untersuchung der Willensstufen im Verlaufe der möglichen Annahmehandlungen²⁴⁰⁾ soll hier nicht eingegangen werden. Diese Lehre operiert jedenfalls mit einem unangebracht engen Begriff der Willenserklärung.²⁴¹⁾ Zudem versagt ihr Ansatz in einem entscheidenden Punkt: Die Verfügungskonstruktion ist in den Fällen nicht anwendbar, wo der Annehmende lediglich über eigene Sachen verfügt (oder jedenfalls nicht in die Rechtssphäre des Antragenden eingreift), und noch weniger da, wo gar nichts geschieht, was sinnvollerweise als "verfügen" bezeichnet werden

237a) Himmelschein, aaO, 93. Ähnlich bereits Sohm, Vertragsschluß unter Abwesenden, ZHR 17, 16 ff, der allerdings davon ausgeht, daß der Antragende an das Angebot nicht gebunden sei.

238) Himmelschein, Beiträge, 95

239) Himmelschein, aaO, 98 ff. Dies steht in unüberbrückbarem Gegensatz zu den in §§ 145, 147, 151, 152 zum Ausdruck gebrachten Prinzipien. H. hat in diesem Punkte denn auch keinen Anklang gefunden: vgl. Burgsmüller, Bedeutung des § 151, 11 ff; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 360; Pärn, Vertragswirkungen, 50

240) s. dazu die Auseinandersetzung von Himmelschein, aaO, 55, 57 ff, 77 mit Wedemeyer, Abschluß des obligatorischen Vertrages, 88, 100

241) s. etwa die Formulierungen von Himmelschein, aaO, 55

könnte (etwa, wenn der Annehmende schlicht untätig zur Leistung bereit ist).²⁴²⁾

Zudem leidet diese Lehre an einer logischen Unstimmigkeit. Die Annahmehandlung soll nicht Willenserklärung sein; sie soll aber die rechtsgeschäftlichen Wirkungen einer solchen haben, wenn der Annehmende den Willen zur Annahme hatte (d.h. wenn er durch sein Verhalten diese Wirkungen herbeiführen wollte). - Dies nötigt keineswegs zur Preisgabe der rechtsgeschäftlichen Grundlage in diesen Fällen.

Eine ähnliche Aufspaltung des Vertragsrechts enthält die Ansicht, daß in § 151 rein objektive Rechtsfolgen an ein bestimmtes Verhalten des Oblaten geknüpft werden.²⁴³⁾ Hierin liegt eine Aufspaltung des Vertragsrechts, welche dem BGB fremd ist,²⁴⁴⁾ und die in der schließlich doch zugestandenen Möglichkeit der Irrtumsanfechtung²⁴⁵⁾ nicht einmal konsequent durchgeführt wird.

242) Dabei könnte selbstverständlich darüber gestritten werden, ob man in solchen Fällen dem "Annehmenden" beim Absprung des Antragenden einen vertraglichen Anspruch auf die Gegenleistung überhaupt zubilligen sollte. Bei den Befürwortern dürfte der Gedanke, daß es anstößig sei, wenn der Offerent sich sanktionslos seinen Pflichten entziehen kann, sofern der Oblat keinen Schaden zu substantiieren vermag, einen nicht unerheblichen Einfluß ausüben.

243) Pärn, Vertragswirkungen, 4, 50 u. pass., in Anlehnung an Larenz, Vertrag und Unrecht, I, 75 ff

244) Ablehnend auch die h. M., vgl. statt aller Flume, Rechtsgeschäft und rechtlich relevantes Verhalten, AcP 161, 56 ff; ders., Rechtsgeschäft, 97 ff; Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Celle-Festschrift, 265 ff, 279, 285; ders., Auslegung, JZ 1967, 391, jeweils m.w.N.; Erman-Westermann, Anm. 2 vor § 104; Soergel-Hefermehl, Rdn. 11 vor § 116, m.w.N. Nähere Ausführungen müssen hier unterbleiben

245) so Pärn, Vertragswirkungen, 102 ff

§ 151 jedenfalls zwingt nicht zu solcher Zweiteilung. Was das Verständnis dieser Vorschrift verdunkelt, ist nicht zuletzt die Nähe des § 130. Da § 130 das Wirksamwerden der einem anderen gegenüber abzugebenden Willenserklärung - wozu die Vertragsannahme schließlich zu zählen ist - von dem Zugang bei dem Gegner abhängig macht, kann § 151 die Erklärung gegenüber dem Antragenden nennen, ohne von der Sache abzukommen. Dann aber ist die Vorschrift zu lesen: "Der Vertrag kommt ... zustande, ohne daß die Annahmeerklärung dem Antragenden zuzugehen braucht". Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses wird also gegenüber dem "Normalfall" vorverlegt. Daß de facto der Annehmende seine Annahmehandlung in vielen Fällen wieder rückgängig machen kann, zwingt nicht zur Preisgabe der Willenserklärung und der Aufstellung des Grundsatzes, hier entstünden kraft objektiven Rechts auflösend bedingte Vertragsfolgen.²⁴⁶⁾ Es ist auch möglich, eine bereits zugegangene (briefliche) Willenserklärung, welche der Adressat noch nicht zur Kenntnis genommen hat, "rechtzeitig" zu vernichten. Dennoch zieht niemand den Schluß, wo solches geschehen könne, dürfe von einer Willenserklärung nicht mehr gesprochen werden.

Festzuhalten ist somit, daß das Gesetz in § 151 keine andere Art des Vertragsschlusses als die durch Angebots- und Annahmeerklärung regelt.

246) so aber Pärn, Vertragswirkungen, 79 ff, 84, 85

- b) Dies bedeutet aber auch, daß ein Verhalten des Annehmenden vorliegen muß, welches als Annahmeerklärung zu deuten ist. Dies mag Schwierigkeiten mit sich bringen;²⁴⁷⁾ sie stehen dem indes nicht grundsätzlich entgegen: Auch in anderen Fällen müssen die Parteien schließlich Handlungen des anderen Teils beurteilen, deren Sinn nicht ohne weiteres klar zu erkennen ist. - Andererseits ist sehr zu bezweifeln, daß es angebracht sei, einem völlig untätigen Antragsempfänger den Schutz des § 151 BGB zu gewähren. Ein gewisses Minimum an greifbarer Aktivität muß von dem Oblaten gefordert werden;²⁴⁸⁾ dessen Maß richtet sich nach dem, worauf sich der Antragende in seinem Angebot eingelassen hat.^{248a)}

Schließt nun dieses Verständnis des § 151 die Möglichkeit eines Erklärungsbewußtseins bei vorhandenem Annahmewillen aus? Wer diese Ansicht vertritt,²⁴⁹⁾ übersieht einen Umstand: Das Erklärungsbewußtsein kann sich stets nur am Erklärungsakt ausrichten. Wo der Annehmende ein Erklärungsverhalten beobachtet, das nur geringfügig über die Nulllinie der Untätigkeit hinausreicht, kann man auch keinen besonders hohen Grad an Bewußtseinsintensität erwarten. So gesehen kann die Möglichkeit eines Erklärungsbewußtseins seinsmäßig nicht bestritten werden.

Eine weitergehende Auskunft ist von § 151 nicht zu erhalten.

247) s. dazu etwa Pärn, aaO, 30 ff

248) so schon Himmelschein, Beiträge, 55; Wedemeyer, Abschluß des obligatorischen Vertrages, 87 ff

248a) vgl. die Beispiele bei BGB-RGRK-Krüger-Nieland, Anm. 4 zu § 151

249) Pärn, Vertragswirkungen, 32, der nicht zuletzt hierauf seine These stützt, daß die Annahme nach § 151 BGB keine Willenserklärung darstelle

Vierter Teil

Schluß

I.

1. Versucht man nunmehr, in gedrängter Form die Summe aus den vorausgegangenen Erörterungen zu ziehen, so stelle man zuerst in Rechnung, daß das BGB die Frage des Erklärungsbewußtseins jedenfalls unmittelbar nicht regelt. Auch ein mittelbarer Rückschluß war positiv nur in wenigen Fällen möglich.

Anknüpfungspunkt des Gesetzes in §§ 116, 117, 118 und 119 ist jeweils der Wille, eine Rechtswirkung herbeizuführen. Bei §§ 116 und 118 fehlte dieser Wille gänzlich; es hat sich weiter gezeigt, daß das BGB im übrigen den Tatbestand eines bewußt vollzogenen Erklärungsakts voraussetzt, daß somit eine selbständige Bedeutung des Erklärungsbewußtseins durch die zwei Vorschriften nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr bestätigt wird. Dies sprach gegen die Lehre, welche das Erklärungsbewußtsein in dem Geschäftswillen aufgehen läßt. In der, wenn man so will, Gegenprobe bestätigten diesen Befund die Untersuchungen

zur Irrtumsfrage. Es hat sich gezeigt, daß auch der Regelungsbereich des § 119 BGB das Fehlen des Erklärungsbewußtseins nicht erfaßt. In all den genannten Normen geht es um einen - jeweils verschieden qualifizierten - Mangel in der Position des auf die Rechtsfolgen gerichteten Willens.

Schließlich hat sich aus §§ 123, 151 ein durchgreifendes Argument gegen eine spezifische Behandlung des Erklärungsbewußtseins nicht ergeben.

Auch ohne die Annahme eines "legalen Begriffs" der Willenserklärung hat man daher nach Untersuchung der "einschlägigen" Normen des BGB und nach Diskussion der wichtigsten Lehren von Rechtsgeschäft und Willenserklärung¹⁾ von der Statuierung einer besonderen, d. h. selbständigen Stellung des Erklärungsbewußtseins im Tatbestand der Willenserklärung auszugehen.²⁾

1) vgl. oben S. 40 ff, 46 ff. Von einer erneuten Zusammenfassung sei hier abgesehen.

2) so die h. M., vgl. nur: Burgsmüller, Bedeutung des § 151, 19; Ellinghaus, Willenstheorie, 53 ff; Fabricius, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 7, 10; Flume, Rechtsgeschäft, 132; Götz, Schweigen, 62 ff; Gruenbaum, Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft, GruchotsBeitr 73, 201; Grünwald, Versteckter Dissens, 13 f; Lehmann-Hübner, § 34 III 1 b; Oertmann, Allg. Teil, Anm. 9 d/3 vor § 104; Palandt-Danckelmann, Anm. 3 vor § 116; Schuster, Erklärungsbewußtsein, 25; Staudinger-Coing, Einl. vor § 104, Rdn. 2 i; Stoll, Vertrag und Unrecht, 50; Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Celle-Festschrift, 271. In diesem Sinne auch Brox, Irrtumsanfechtung, 53; Hanau, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165, 229; ähnlich v. Tuhr, Allg. Teil, II, 1, 404

2. Nach den allgemeinen Erwägungen³⁾ bedarf es keiner eingehenden Darlegungen mehr, wie das Erklärungsbewußtsein als selbständiges subjektives Element in die Willenserklärung einzuordnen sei. Es ist das innere Moment, welches einzelne Komplexe des seinsmäßig unabgegrenzten (wenn man so will "ununterbrochenen") Verhaltens einer Person zu an andere gerichteten Erklärungsakten qualifiziert. Daraus folgt zugleich, daß sein Fehlen eo ipso die äußerlich vorhanden scheinende Willenserklärung zu einer nichtigen macht.⁴⁾

Es bliebe noch am Rande auf die - das Thema nicht im Kern berührende - Frage einzugehen, in welcher Weise in zweifelhaften Fällen das Vorhandensein oder Fehlen eines Erklärungsbewußtseins festzustellen sei. Einige schlagen vor, hier nach den für die Auslegung der Willenserklärung erarbeiteten Grundsätzen zu verfahren.⁵⁾ Die den Gedanken der Zurechenbarkeit und Verantwortlichkeit enthaltenden Auslegungsprinzipien⁶⁾ setzen indes gerade voraus,

3) s. oben S. 28 ff, 32 ff, 39

4) vgl. die oben S. 117 Anm. 2 Zitierten. Hier von Nicht-Willenserklärung zu sprechen (vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 4), bedeutet eine Verkennung der Funktion des äußeren Tatbestandes. S. auch Soergel-Hefermehl, Rdn. 6 ff vor § 116.

Die oben S. 104 f zu § 139 angestellten Erwägungen gehen nicht in diese Richtung. Grundlage der Entscheidung war, daß beide Teile übereinstimmend keinen Rechtserfolg wollten.

5) vgl. Bartholomeyczik, Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung, Festschrift für Ficker, 55, 56; Larenz, Auslegung, 66

6) vgl. Larenz, Auslegung, 70 ff

daß durch das Streben nach einem Kontakt eine Sonderbeziehung (zu dem bzw. den Adressaten) der Erklärung hergestellt wurde. Wo eine solche Anknüpfung weder gewollt noch gesehen wurde, ist es dann aber nicht gerechtfertigt, das Verhalten des Handelnden einer so gearteten Beurteilung zu unterwerfen, wie sie § 133 BGB ermöglicht.⁷⁾

Ob ein Erklärungsbewußtsein vorlag, ist daher - erforderlichenfalls im Wege des Beweises - "festzustellen"; daß ein solches Verfahren keine ungebührliche Bevorzugung des Handelnden darstellt, soll nicht weiter ausgeführt werden.⁸⁾

7) vgl. dazu Götz, Schweigen, 67 ff; Wieacker, Auslegung, JZ 1967, 388 u. ff. Die logische und sachlich angebrachte Trennung zwischen der Feststellung des Tatbestandes und dessen Auslegung betont bereits Danz, Die Willenserklärung des BGB, ihre Auffindung und Auslegung, SeuffBl 72, 318; ders., Auslegung, 213; auch Palandt-Danckelmann, Anm. 1 b zu § 133

8) Wenn das Verhalten "objektiv" Erklärungswert hat, muß man von dem, der sich darauf beruft, ihm habe ein Erklärungsbewußtsein gefehlt, verlangen, daß er sein Vorbringen in einer Weise substantiiert, die es in dem gesamten Zusammenhang als plausibel und erwägenswert erscheinen lassen. In diese Richtung gehen die Bemerkungen von Ellinghaus, Willenstheorie, 126

II.

Es bleibt noch in geraffter Form zu erörtern, welche weiteren Folgen einem Fehlen des Erklärungsbewußtseins zuzuordnen seien.⁹⁾

Erste Wirkung eines solchen Mangels war, wie gesagt, die ohne Anfechtung eintretende Nichtigkeit der Willenserklärung. Für den eigentlich rechtsgeschäftlichen Bereich hat es damit sein Bewenden. - Dies schneidet jedoch nicht die Frage ab, ob und in welchen Fällen ein Dritter, dem gegenüber der Anschein einer gültigen Willenserklärung bestanden hatte, Ersatzansprüche geltend machen könne.¹⁰⁾

Es ist zu erwägen, ob man dem ohne Erklärungs-
bewußtsein Handelnden gegenüber einem ohne
eigenes Fehlverhalten Vertrauenden eine auf
das negative Interesse gehende Schadensersatz-

9) Ausführliche Erörterungen würden den Rahmen der vorliegenden Untersuchungen überschreiten, da sie in andere Sachzusammenhänge führen, vgl. auch Staudinger-Coing, Einl. vor § 104, Rdn. 2

10) Die Annahme, daß beim Fehlen des Erklärungs-
bewußtseins (und damit einer rechtsgeschäft-
lichen Bindung) der Dritte unzureichend ge-
schützt sei, war ein wesentlicher Gesichtspunkt bei der Entwicklung von Lösungskonstruktionen, die weit vom System des BGB abwichen, vgl. nur BGHZ 21, 319 u. überhaupt die Vertreter der Lehre von dem sozialtypischen Verhalten (statt aller: Larenz, Allg. Teil, 515 ff, m. w. N.); s. dazu Ellinghaus, Willenstheorie, 77 ff; Gudian, Inanspruchnahme, JZ 1967, 303

pflieht nach § 122 BGB - im Wege der Analogie - auferlegen solle.¹¹⁾

Dabei ist jedoch im Auge zu behalten, daß es ein allgemeines Prinzip, nach dem das BGB das Vertrauen auf äußere Tatbestände schützt, nicht gibt.¹²⁾ Die Anwendung des § 122 im Einzelfalle setzt indes, das hat sich bei der Erörterung der §§ 118, 119 gezeigt,¹³⁾ die bewußte Abgabe einer Erklärung, d.h. eine Kontaktanknüpfung zum anderen Teil, voraus. Diesem Grundgedanken genügt das Handeln ohne Erklärungsbewußtsein gerade nicht; daran scheitert die unmittelbare wie auch analoge Heranziehung des § 122 BGB.¹⁴⁾

Zu prüfen bleibt aber die Möglichkeit, daß der Gegner aufgrund allgemeiner Institute des bürgerlichen Rechts geschützt sei. - Ist das Fehlen des Erklärungsbewußtseins verwerfbar,¹⁵⁾

-
- 11) so etwa Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 495; Palandt-Danckelmann, Anm. 3 vor § 116. Nicht hierher gehören die Argumente derer, die beim Fehlen des Erklärungsbewußtseins ohnedies Anfechtung (nach § 119 Abs. 1) verlangen, etwa Manigk, System der juristischen Handlungen, Iher Jahrb. 83, 101
- 12) vgl. Schuster, Erklärungsbewußtsein, 20 ff, m. w. N.
- 13) s. oben S. 67 ff, 71 ff
- 14) so auch Flume, Rechtsgeschäft, 132; Schuster, Erklärungsbewußtsein, 25 ff
- 15) was bei den geringen Anforderungen, die hier zu stellen sind (vgl. Lehmann-Hübner, § 24, IV 1 b), in den Fällen, da ein Bedürfnis nach Schutz für Dritte besteht, regelmäßig der Fall sein wird; vgl. auch die bereits zitierte Bemerkung von Ellinghaus, Willenstheorie, 126, daß man normalerweise die Bedeutung des eigenen Handelns erkennen müsse.

so kann in den Fällen, in denen der andere Teil in dem Glauben, es sei eine rechtsgeschäftliche Beziehung zustande gekommen, entsprechende Dispositionen getroffen hat, eine Haftung nach den Grundsätzen der sogenannten culpa in contrahendo eintreten.¹⁶⁾ - Bei Eingriffen in fremde Sachen schuldet der ohne Erklärungsbewußtsein Handelnde je nach der Besonderheit des Einzelfalles Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung oder Herausgabe der Bereicherung.¹⁷⁾ Daß in Einzelfällen kein Schadensersatzanspruch be-

16) vgl. Soergel-Reimer Schmidt, Vorbem. vor § 275, Rdn. 7, 18. Wie im Text: Enneccerus-Nipperdey, § 145 II Anm. 18; Lehmann-Hübner, § 34 III 1 b

17) vgl. Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Celle-Festschrift, 268, 273.

Zur Ausgleichung des Schadens vgl. neuerdings Mertens, Vermögensschaden, 161. Daß der Schadensersatz oft dem Verkaufspreis des betreffenden Gegenstandes entspreche, lehrt bereits Zitelmann, Rechtsgeschäfte im Entwurf, I, 142. Ebenso verhält es sich mit der herauszugebenden Bereicherung; so schon RGZ 97, 310, 311/312, darauf wäre in der Entscheidung BGHZ 21, 319 zu achten gewesen; s. dazu auch Gudian, Inanspruchnahme, JZ 1967, 303 ff, 307

steht,¹⁸⁾ zwingt jedoch nicht zur Konstruktion eines, wie auch immer gearteten, allgemeinen Auffangtatbestandes¹⁹⁾ für alle Konstellationen des nicht eingeleiteten rechtsgeschäftlichen Kontakts.

18) woran Schreiber, Nutzungsentgelt, NJW 1968, 624, anknüpft

19) kritisch auch Rödding, Nutzungsentgelt, NJW 1968, 1414.

Dies gilt auch - mit den bereits referierten Bedenken (vgl. oben S. 113 f. u. Anm. 244 *ibid.*) - mit Bezug auf die Theorie vom sozialtypischen Verhalten. Die vom BGH vertretene Spielart gerät ins Zwielficht, wenn sie dazu dienen soll, die Verwirkung einer Vertragsstrafe zu begründen (BGHZ 23, 175; s. dazu auch Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, J-T-Festschrift, I, 187; Wieacker, Celle-Festschrift, 272) oder gar Hofübergabe und Erbeinsetzung festzustellen (BGH FamRZ 1957, 310).

Lebenslauf

Am 25. Mai 1941 wurde ich, Werner Ernst Traub, als Sohn des Diplom-Ingenieurs Gottfried Traub und dessen Ehefrau Liselotte geb. Crass in Lübeck geboren. Ich besuchte von 1947 bis 1951 die Grundschule in Frankfurt/M-Fechenheim und Bietigheim/Württ. sowie anschließend das Gymnasium in Bietigheim, wo ich im März 1960 die Reifeprüfung ablegte. Von April 1960 bis März 1962 war ich Soldat der Bundeswehr. Vom Sommersemester 1962 bis zum Wintersemester 1966/67 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Heidelberg, Genf und Mainz. Am 10. Februar 1967 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Rheinland-Pfalz. Anschließend setzte ich meine Studien in Mainz fort. Derzeit stehe ich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz. Die mündliche Doktorprüfung fand am 16. Dezember 1971 statt.

